Das Ermessen der Verwaltungsbehörden und seine Kontrolle durch die höchsten Verwaltungsgerichte

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Werner Speckmann
Gerichtsreferendar aus Dortmund

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)
1937

Das Ermessen der Verwaltungsbehörden und seine Kontrolle durch die höchsten Verwaltungsgerichte

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Werner Speckmann
Gerichtsreferendar aus Dortmund

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Referent: Herr Prof. Dr. Bühler
Korreferent: Herr Prof. Dr. Neumann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547223_0118

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

Erster Teil: Das Verwaltungsermessen im Allgemeinen. . 1

A. Der Begriff des (freien) Verwaltungsermessens. . . . 1

B. Das freie Ermessen und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. 5

C. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegenüber Ermessensentscheidungen nach den deutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen. 7

Zweites Teil: Das Ermessen der Verwaltungsbehörden (mit Ausschluß der Steuerverwaltung). . . . 11

A. Die Einräumung freien Ermessens durch die Verwaltungsgerichtsgesetze. 11

I. Allgemeines. 11

II. Die unbestimmten Gesetzesbegriffe. 11

B. Die Kontrolle des Ermessens durch die Verwaltungsgerichte. . 22

I. Das Problem der Ermessensgrenzen im Allgemeinen. . 22

II. Die Ermessensfehler. 24

1. Fehlerhafte Erwägungen. 25

a) Verfolgung unsachlicher Zwecke. 25

b) Rechtsirrtum. 29

c) Tatsachenirrtum. 29

d) Notwendigkeit der Berücksichtigung bestimmter Tatsachen und der Anstellung bestimmter Erwägungen. 30

2. Die übrigen Ermessensfehler. 31

III. Ermessensüberschreitung. 32

IV. Kritik der Ermessenskontrolle. 36

Dritter Teil: Das Ermessen in der Steuerverwaltung. . 48

A. Das Ermessen der Steuerverwaltung vor Inkrafttreten des Steueranpassungsgesetzes vom 16. Oktober 1934. . . 48

I. Die gesetzliche Regelung. 48

II. Die Ermessenskontrolle des Reichsfinanzhofs auf Grund des § 11 AO. 1934. 49

B. Das Ermessen der Steuerverwaltung nach dem StAnpG. vom 16. Oktober 1931. 53

C. Die unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs. 58

Literatur.

Andersen:	Ungültige Verwaltungsakte, mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe. Aus dem Dänischen übersetzt von W. Pappenheim. Mannheim 1927.
Apelt, Karl:	Das Königlich-Sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900, erläutert. 2. Aufl. Leipzig 1911.
Apelt, Willibalt:	Der neueste Gesetzentwurf über das Reichsverwaltungsgericht (im Verw. Arch. Bd. 36, S. 133 ff.).
Becker:	Reichsabgabenordnung. 7. Aufl. Berlin 1930.
	Erläuterungen zur Rechtsprechung (in St.W. 1935, Sp. 907 ff., 1999 ff.; 1936, Sp. 79 ff.; 1937, Sp. 57 ff.
von Brauchitsch:	Verwaltungsgesetze für Preußen, 1. Band. 24. Aufl. Berlin 1930.
Buchmann:	Die Anfechtungsklage des thüringischen Verwaltungsrechts in Lehre und Rechtsprechung. Diss. Jena 1929.
Bühler:	Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914.
	Lehrbuch des Steuerrechts, Band I 2, Allgemeines Steuerrecht. Berlin 1927.
	Abschnitt Allgemeines im Artikel „Verwaltungsgerichtsbarkeit" im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, herausgegeben von Max Fleischmann, 1914, 3. Band.
	Besprechung zu Buchmann: Die Anfechtungsklage usw., im RuPVBl., Bd. 51, S. 78 ff.
	Besprechung zu Plappert, Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung usw., im Arch. öff. R. NF. Bd. 18, S. 284 ff.
Danckwerts:	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit (in Frank: Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937, S. 99—125).
Drews:	Preußisches Polizeirecht, 1. Band. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1933.
Drost:	Das Ermessen des Strafrichters. Berlin 1930.
von Elbe:	Dei Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der deutschen Länder. Diss. Kiel, 1925.
Fleiner:	Institutionen des Verwaltungsrechts. Tübingen 1928.

Franzen: Lehrkommentar zum PVG., 2 Bände, Greifswald 1932.

Friedrichs: Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931. 2. Aufl., Berlin 1932.

Frick: Probleme des neuen Verwaltungsrechts, Rede auf der 3. Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht (in Deutsche Verwaltung 1936, S. 329 ff.).

Grau: Grenzen des freien Ermessens (im Verw. Arch. Bd. 32, S. 109 ff.).

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 7. und 8. Aufl., herausgegeben von Kurtzig, Leipzig 1931.

Hensel: Die Abänderung des Steuertatbestandes durch freies Ermessen und der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz (in Vierteljahrsschrift für Steuer- und Finanzrecht, 1. Jahrgang, Heft 1, S. 39 ff., Berlin 1927).

Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.

Hofacker: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, Berlin-Stuttgart 1919.

Huber: Verfassung, Hamburg 1937.

Die Einheit der Staatsgewalt (in DJZ. 1934 S. 950 ff.).

Die Verwirkung der volksgenössischen Rechtsstellung im Verwaltungsrecht (in Ak. f. d. R. 1937 S. 366 ff.).

Isay: Bauverbot und gemeindliches Ermessen (im RuPVBl. Bd. 53 S. 201 ff.).

Jellinek, Georg (J.): System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.

Jellinek, Walter (J.): Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Berlin 1931.

Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913.

Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte; Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution. Bericht auf der Tagung der Staatsrechtslehrer 1925 (VStaatsRL. Heft 2, Berlin-Leipzig 1925).

Treu und Glauben im Verwaltungsrecht (im RuPVBl. Bd. 52 S. 805 ff.).

Kaufmann: Die Stellung von Polizei und Gemeinde bei der Versagung der Baugenehmigung gemäß § 11 des Fluchtliniengesetzes und die Grenzen ihres Ermessens (im Verw. Arch. Bd. 37 S. 228 ff.).

Knauth:	Die heutige Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit (in DJZ. 1934 S. 1119 ff.).
	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich (im RuPVBl. Bd. 54 S. 885 ff.).
von Köhler:	Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart-Berlin 1935.
Koellreutter:	Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1936.
	Der nationale Rechtsstaat, Tübingen 1932.
	Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat (in DJZ. 1934 S. 625 ff.).
	Zur Frage der Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung in der Verwaltung (im RVBl. 1935 S. 445 ff.).
	Gewerbeerlaubnis und subjektives öffentliches Recht. Ermessensmißbrauch, Schadensersatz wegen Ermessensmißbrauch (im Verw. Arch. Bd. 32 S. 252 ff.).
	Besprechung zu Tezner: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden (im Arch. öff. R. NF. Bd. 9 S. 252 ff.).
Köttgen:	Deutsche Verwaltung, Berlin 1936.
	Gemeindeprüfungswesen und Staatsaufsicht (im Verw. Arch. Bd. 41 S. 270 ff.).
Laforet:	Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937.
Lassar-Drews:	Allgemeines Polizeirecht (in: Allgemeine und politische Polizei, Kommentar von Drews-Lassar, Brecht, Falck), Berlin 1932.
Laun:	Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig-Wien 1910.
Markuel:	Gewaltenstreit (im RuPVBl. 1929 S. 311 ff.).
Maunz:	Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, Hamburg 1934.
	Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts (in ZStaatsW. Bd. 96 S. 71 ff.).
	Die Rechtmäßigkeit der Verwaltung (in Frank: Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937, S. 51—66).
	Verwaltung, Hamburg 1937.
O. Mayer:	Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München-Leipzig 1925, 2 Bände.
O. Müller:	Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens, Berlin 1895.
Nieberl:	Reichsabgabenordnung, Berlin-Leipzig 1932.
Ott:	Zu den allgemeinen steuerrechtlichen Vorschriften des StAnpG. (in StW. 1935 Sp. 701 ff.).

Peters:	Das freie Ermessen und die richterliche Nachprüfung von Verwaltungsakten (im Beamtenjahrbuch 1935 S. 483—492).
Perels:	Darf die Verwaltungsbehörde die Erteilung einer in ihr freies Ermessen gelegten Genehmigung von der Zahlung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Gebühr abhängig machen? (Arch. öff. R. NF. Bd. 6 S. 93 ff.).
Plappert:	Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für den Art. 13 des Württemberg. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876 (Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht), Stuttgart 1929.
Reuß:	Die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit (im Verw. Arch. Bd. 41 S. 213 ff.).
	Zu einem Urteil des preußischen OVG. vom 13. 12. 1934 (in JW. 1935 S. 1953 f.) und vom 22. 4. 1937 (in JW. 1937 S. 1842 ff.).
Richter:	Das subjektive öffentliche Recht (im Arch. öff. R. NF. Bd. 8 S. 1 ff.).
Rosin:	Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Aufl. Berlin 1895.
Scheuner:	Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte (im Verw. Arch. Bd. 33 S. 68 ff.).
	Die nationale Revolution (im Arch. öff. R. NF. Bd. 24, S. 166 ff., 261 ff.).
	Das Verordnungsrecht der Länder nach dem Gesetz über den Neuaufbau des Reiches (im RVBl. 1934 S. 513 ff.).
Schmitt:	Neue Leitsätze für die Rechtspraxis (in JW. 1933 S. 2793 ff.).
Scholz:	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im dritten Reich, Köln 1936.
	Die neue Rechtsprechung des preußischen OVG. (im Verw. Arch. Bd. 41 S. 401 ff.).
Schön:	Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren (im Verw. Arch. Bd. 27 S. 85 ff.).
Schüle:	Verwaltungsermessen und nationalsozialistisches Rechtsdenken (in Frank: Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937, S. 341—350).
	Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht (im Verw. Arch. Bd. 38 S. 399 ff. und Bd. 39 S. 1 ff.).

Seweloh: Zum Vermögenssteuerrecht (in StW. 1935 Sp. 1454 ff.).

Stier-Somlo (F.): Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Festgabe für Laband II S. 445 ff., Tübingen 1908).

Tezner: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden (Wiener Staatswissenschaftliche Studien NF. Bd. VI), Leipzig-Wien 1924.

Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege (im Verw. Arch. Bd. 8 S. 220 ff., 475 ff., Bd. 9 S. 159 ff., 515 ff.).

Betrachtungen zu Walter Jellineks Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung (in Grünhut Bd. 41 S. 75 ff.).

Das Détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde (in Jahrb. öff. R. Bd. V S. 67 ff.).

Thoma: Besprechung zu Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen (im Verw. Arch. Bd. 20 S. 444 ff.).

Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rechtsprechung (in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Anschütz und Thoma, 2. Band S. 221 ff., Tübingen 1932).

Ule: Das besondere Pflichtenverhältnis und der Wandel der Staatsidee (im RuPVBl. 1934 S. 649 ff.).

Wacke: Steuerrecht und Rechtsneubau, Berlin 1936.

Weidemann: Staat und Gemeinde, (in Ak. f. D. R. 1935 S. 459 ff.).

Gemeinde und Staat (in Deutsches Recht 1936 S. 310 ff.).

Wittmaak: Wieweit ist das sächsische OVG. zur Nachprüfung von Ermessensentscheidungen zuständig? (in Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht Bd. 58 S. 97 ff.).

Zinser: Der allgemeine Teil des öffentlichen Rechts in der Rechtsprechung des bad., bayr., sächs. und württ. VGH. bzw. OVG. (im Verw. Arch. Bd. 39 S. 66 ff.).

Zitzlaff: Fragen der Reichsabgabenordnung (in StW. 1937 S. 241 ff.).

Abkürzungen:

A.k. f. D. R.	= Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.
AO. (1919 oder 1931)	= Reichsabgabenordnung vom 19. Dezember 1919 bzw. vom 22. Mai 1931.
Arch. öff. R.	= Archiv des öffentlichen Rechts.
DJZ.	= Deutsche Juristenzeitung.
EStG. (1925 oder 1934)	= Einkommensteuergesetz vom 10. August 1925 bzw. vom 16. Oktober 1934.
GewO.	= Gewerbeordnung für das deutsche Reich vom 26. Juli 1900.
Grünhut	= Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart.
Jahrb. öff. R.	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
KAG.	= Preuß. Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893.
LVG.	= Preuß. Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883.
preuß. OVG.	= Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PVG.	= Preuß. Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931.
RFH.	= Entscheidungen des Reichsfinanzhofs.
RGZ.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RStBl.	= Reichssteuerblatt.
RVBl. und RuPVBl.	= Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt.
sächs. OVG. Jahrb.	= Jahrbücher der Entscheidungen des sächsischen Oberverwaltungsgerichts.
StAnpG.	= Steueranpassungsgesetz vom 16. Oktober 1934.
StGH.	= Staatsgerichtshof.
StW.	= Steuer und Wirtschaft (Ztschr.).
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv.
VRPG.	= Sächsisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900.
WRV.	= Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919.
ZG.	= Preuß. Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883.
ZStaatsW.	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.

Erster Teil:

Das Verwaltungsermessen im Allgemeinen.

A. Der Begriff des (freien) Verwaltungsermessens.

Verwaltung ist die Gestaltung des Gemeinschaftslebens nach dem Plane der politischen Führung durch die Verwaltungsbehörden[1]. Die Verwaltungsorgane sind nicht dazu berufen, politische Grundentscheidungen zu fällen; dies Recht steht ausschließlich der politischen Führung zu. Aufgabe der Verwaltungsbehörden ist es vielmehr, die Weisungen und Richtlinien der politischen Führung zu vollziehen und die Grundsätze des Nationalsozialismus im Einzelfall zu verwirklichen. Die Verwaltung ist daher ein Teilgebiet der politischen Durchführung der Staatsziele[2].

Der Wille der politischen Führung und die Grundsätze der nationalsozialistischen Weltanschauung sind zum großen Teil für die Behörden bindend in der staatlichen Rechtsordnung festgelegt. Die Rechtsordnung kann den Behörden nun eindeutig durch ein Gesetz vorschreiben, wie sie sich im einzelnen Fall zu verhalten haben. Sie kann sich aber auch einer speziellen gesetzlichen Regelung enthalten und damit auf andere Wertmaßstäbe verweisen. Dort, wo der Gesetzgeber bewußt von einer eindeutigen Regelung abgesehen hatte und auch durch Auslegung der Gesetze ein bestimmter Wille des Gesetzgebers nicht zu ermitteln war, sprach die liberale Verwaltungsrechtslehre von einem „freien Ermessen". Im Bereiche des freien Ermessens war die Behörde bei ihrer Entscheidung an keine objektiven Maßstäbe gebunden; sie war vielmehr berechtigt, nach ihrer individuellen Anschauung vom Wert oder Unwert einer Maßnahme zu entscheiden[3]. Diese Lehre beruhte auf der liberalen Auffassung des Verhältnisses von Gesetz und Recht. Danach war das Recht einfach die Summe der geltenden Gesetze; irgendwelche über die gesetzliche Regelung hinausgehende rechtliche Bindungen der Behörden wurden nicht anerkannt. Dieser Standpunkt wird verständlich, wenn man bedenkt, daß im liberalen Staat mangels einer einheitlichen allgemeingültigen Weltanschauung kaum ein Rechtsgrundsatz aufzufinden war, der allseitiger Anerkennung gewiß sein konnte. Der Nationalsozialismus hat die Identifizierung von Recht und Gesetz überwunden. Das Recht steht heute gleichrangig neben, viel-

[1] Frank, S. XIII; Maunz, Verwaltung S. 11.
[2] Maunz, Neue Grundlagen, S. 16 f.
[3] vgl. z. B. Tezner, Grünhut Bd. 41, S. 78 ff.; Schön, S: 107; Fleiner, S. 142; W. Jellinek, VR. S. 30; Bühler, die subj. öfftl. Rechte, S. 26. S. dazu auch Köttgen, Deutsche Verwaltung, S. 223 f.

leicht sogar über dem Gesetz[4]. Die Verwaltungsbehörden sind daher auch dort, wo der Gesetzgeber sich bewußt einer Regelung enthalten hat, immer an das Recht gebunden[5]. Von einem wirklich freien Ermessen kann deshalb heute nur noch dort gesprochen werden, wo Gesetz und Recht mehrere Entscheidungen als gleichwertig erscheinen lassen: hier muß auch weiterhin mangels objektiver Maßstäbe die Anschauung der Behörde über die Eignung der Maßnahme zur Förderung der Ziele des nationalsozialistischen Staates maßgebend sein[6]. Außerhalb dieses engen Bereiches gibt es aber keinen Spielraum mehr, innerhalb dessen die Behörden nach eigenen Wertanschauungen entscheiden können. Hier hat vielmehr das freie Ermessen im Sinne der liberalen Lehre aufgehört zu bestehen; an seine Stelle sind neue rechtliche Bindungen der Behörden getreten[7].

Die Frage, ob eine Entscheidung dem freien Ermessen der Behörden überlassen war, gewann praktische Bedeutung regelmäßig erst dann, wenn ein Gericht über die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme zu urteilen hatte. Da im Bereich des freien Ermessens rechtliche Bindungen nicht anerkannt wurden, mußte folgerichtig auch das Prüfungsrecht der Gerichte grundsätzlich dort enden, wo die Behörden nach freiem Ermessen entscheiden konnten. Dieser Grundsatz wurde jedoch allmählich immer mehr durchlöchert durch den schon vor 1914 in der Rechtsprechung teilweise anerkannten und von W. Jellinek in seinem Werke „Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung" 1913 wissenschaftlich gestützten Satz, daß die Überschreitung gewisser äußerster Grenzen des Ermessens wieder ein Rechtsfehler sei. Dieser Satz hat aber niemals allgemein Anerkennung gefunden und ist von Anfang an von Bühler in seinem 1914 erschienenen Buche „die subjektiven öffentlichen Rechte" bekämpft worden. In der Nachkriegszeit ist diese Lehre weiter ausgebaut und hier war es in erster Linie der Reichsfinanzhof, der sich im Sinne einer grundsätzlichen Erweiterung der Rechtskontrolle auch in Ermessenssachen hervortat. So ist es denn auch erklärlich, daß die erste

---

[4] Maunz, die Rechtmäßigkeit der Verwaltung, S. 51.

[5] Köttgen, Deutsche Verwaltung, S. 37 f., 224. Schüle, Verwaltungsermessen, S. 345.

[6] Maunz, Neue Grundlagen, S. 19 räumt gleichfalls ein, daß ein logischer Unterschied zwischen Rechts- und Verwaltungsermessensfragen weiterhin bestehen bleibe; er will aber allgemein nur noch gebundenes, kein freies Ermessen mehr anerkennen. Es ist aber kaum angängig, auch dort, wo keinerlei Maßstäbe für eine behördliche Entscheidung mehr auffindbar sind, von einer „Bindung" der Behörde zu sprechen. Diese Frage ist jedoch praktisch bedeutungslos; denn heute muß, wie noch auszuführen sein wird, von einem grundlegend neuen Begriff des freien Ermessens ausgegangen werden.

[7] Vgl. Köttgen, Deutsche Verwaltung, S. 37: „Es besteht heute kein grundsätzlicher Unterschied mehr zwischen freier und gebundener Verwaltung".
Maunz, Verwaltung S. 214 meint, daß die Bindung an das Recht das freie Ermessen in gebundenes Ermessen umgewandelt habe. Es empfiehlt sich jedoch nicht, in Zukunft etwa von „gebundenem" Ermessen zu sprechen, da diese Begriffsbildung auf der heute überwundenen liberalen Auffassung beruht, daß Ermessen grundsätzlich Freiheit von allen Bindungen bedeutet.

deutliche Reaktion des nationalsozialistischen Rechts gegen diese Ausweitung der Rechtskontrolle sich gerade im Steuerrecht bemerkbar machte[8].

Im heutigen Staate sind die Behörden wie dargelegt weitgehenden rechtlichen Bindungen auch dort unterworfen, wo ihnen bisher das Recht zugesprochen wurde, nach freiem Ermessen vorzugehen. Recht ist heute die Gesamtheit der Lebensordnung der Nation[9]. Diese Lebensordnung enthält als geordneter Zustand vielerlei Rechtsgebilde, die vor aller gesetzlichen Formulierung bestehen und von den Gesetzen vorausgesetzt werden. Auch die Ordnung engerer Gemeinschaften birgt solche Rechtsgebilde in sich[10]. Die aus diesen Rechtsgebilden herzuleitenden Rechtsgrundsätze sind häufig so weitgehend, daß auch dort, wo eine gesetzliche Regelung nicht vorhanden ist und bisher freies Ermessen anerkannt wurde, eine eindeutige Bindung der Behörden stattfinden kann[11]. Man könnte nun annehmen, daß dieser Wandel der Anschauungen über das Wesen des Rechtes eine erhebliche Erweiterung des gerichtlichen Prüfungsrechtes gegenüber Verwaltungsmaßnahmen zur Folge haben muß. In der Literatur wird auch zuweilen die Ansicht geäußert, daß die bisherige Unterscheidung von Rechts- und Ermessensfragen nicht mehr eine geeignete Basis abgebe, von der aus die Verwaltungsrechtspflege von der aktiven Verwaltung geschieden werden könne[12]. Damit wird aber nicht genügend berücksichtigt, daß die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze zum großen Teil die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auf die Prüfung der Rechts- mit Ausschluß der Ermessensfrage beschränken und somit gerade auf dieser Unterscheidung beruhen. Für diese Zuständigkeitsregelung waren mancherlei praktische Gründe maßgebend, die auch heute noch Geltung beanspruchen können. Freies Ermessen war den Behörden nämlich regelmäßig dort eingeräumt, wo eine gesetzliche Regelung den tatsächlichen Verhältnissen kaum gerecht zu werden vermochte oder der Entschlußfreudigkeit der Verwaltungsorgane unzuträglich sein mußte. Hier war zumeist auch die Befürchtung gerechtfertigt, daß eine richterliche Kontrolle der getroffenen Maßnahmen sich ungünstig auswirken und insbesondere zu einer Behinderung der Verwaltungstätigkeit führen würde[13]. Es wird nun immer Fragen geben, zu deren Entscheidung die Verwaltungsbehörden weit mehr geeignet sind als die der Verwaltung fernerstehenden Gerichte. Wenn daher eine ersprießliche Zusammenarbeit zwischen den Gerichten und den Behörden der aktiven Verwaltung gewährleistet bleiben soll, so muß es auch in Zukunft unbeschadet der allgemeinen Bindung der Verwaltungstätigkeit an das Recht einen der Einflußnahme der Gerichte entzogenen Spielraum geben, in welchem die Verwaltungsbehörden allein zur

---

8 Näheres darüber im III. Teil.

9 Maunz, Verwaltung, S. 214.

10 Maunz, Die Rechtmäßigkeit der Verwaltung, S. 63.

11 s. auch Schüle, Verwaltungsermessen, S. 344.

12 Maunz, Neue Grundlagen, S. 20. Neuerdings scheint Maunz die Bedeutung dieser Unterscheidung für das geltende Recht nicht mehr bestreiten zu wollen (vgl. Verwaltung, S. 213 f.). Er nimmt jedoch an, daß die Differenzierung von Rechts- und Ermessensfragen mit der Neugestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenstandslos werden würde. (a.a.O., S. 214.).

13 vgl. Maunz, Verwaltung, S. 210.

Fällung einer Entscheidung berufen sind[14]. Der Gesetzgeber hat nun zuweilen bei der gesetzlichen Regelung im Einzelfalle ausdrücklich bestimmt, ob und inwieweit eine behördliche Maßnahme gerichtlicher Nachprüfung unterliegen sollte: hier ist auch heute noch allein die gesetzliche Zuständigkeitsregelung maßgebend, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich dabei bisher um Rechts- oder Ermessensfragen gehandelt hat. Meistenteils hat der Gesetzgeber jedoch eine solche ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen. Er hat dann seinen Willen dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er der Behörde im einzelnen Falle freies Ermessen einräumte und durch eine allgemeine Vorschrift den Gerichten die Nachprüfung von Ermessensentscheidungen ausdrücklich oder durch Beschränkung ihrer Zuständigkeit auf die Frage der Rechtmäßigkeit untersagte. Es kann nun aber nicht angängig sein, die in älteren Gesetzen enthaltenen Zuständigkeitsregelungen nur dort als verbindlich anzuerkennen, wo eine ausdrückliche Bestimmung getroffen ist, im übrigen aber den auf den gleichen Erfolg hinzielenden Willen des Gesetzgebers unberücksichtigt zu lassen, nur weil er zufällig auf andere Weise zum Ausdruck gelangt ist. Daraus ergibt sich, daß dort, wo der Gesetzgeber bisher der Behörde Ermessensfreiheit eingeräumt hat, auch in Zukunft für eine gerichtliche Kontrolle kein Raum sein kann[15]. Dieser Grundsatz gilt aber nicht nur für die Anwendung derjenigen Gesetze, die vor der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus erlassen worden sind. Auch der nationalsozialistische Gesetzgeber hat in seinen Gesetzen den Verwaltungsbehörden sehr häufig und sogar weitergehend als früher freies Ermessen eingeräumt[16] und damit zweifellos die Absicht verfolgt, für den Bereich des Ermessens die Zulässigkeit einer gerichtlichen Kontrolle auszuschließen[17].

Nach alledem ergibt sich folgende Rechtslage:

Echtes freies Ermessen besteht heute nur noch dort, wo Gesetz und Recht mehrere Entscheidungen als gleichwertig erscheinen lassen. Darüber hinaus ist alle Verwaltungstätigkeit auch mangels gesetzlicher Vorschriften an das Recht gebunden. In diesem Bereiche kann deshalb von einem freien Ermessen in dem Sinne, daß die Behörde bei ihrer Entscheidung keinen Bindungen unterworfen ist, keine Rede mehr sein. Wohl sind die Behörden auch heute noch zuweilen in dem Sinne

---

[14] Die Frage, *wann* und *in welchem Maße* den Behörden freies Ermessen einzuräumen ist, wird heute natürlich in vielen Fällen anders zu beantworten sein als bisher.

[15] so auch Schüle, Verwaltungsermessen, S. 350.

[16] Vgl. Frick, S. 332; Schüle, Verwaltungsermessen, S. 342 f.

[17] Es erscheint daher auch zweifelhaft, ob, wie Maunz (Verwaltung, S. 214) annimmt, das freie Ermessen, das sich bislang als geeignetes Mittel zur Abgrenzung der Zuständigkeit der Gerichte gegenüber der Verwaltung erwiesen hat, in Zukunft einer andersartigen Regelung weichen wird. Gegen diese Annahme ließe sich weiterhin anführen, daß der nationalsozialistische Gesetzgeber in dem § 2 StAnpG. vom 17. Okt. 1934 (RGBl. S. 925) und 297 AO. das Ermessen ausdrücklich als Schranke der gerichtlichen Zuständigkeit anerkannt hat (vgl. dazu unten 3. Teil B). Auch die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 35 räumt den Gemeinden einen eigenen Ermessensspielraum ein, in welchen die Staatsaufsichtsorgane nicht eingreifen dürfen (vgl. Köttgen im Verw.-Arch. Bd. 41, S. 289; Weidemann, S. 464 f.).

frei, daß ihre Entscheidungen in gewissem Umfang einer gerichtlichen Nachprüfung nicht unterliegen. In dieser Auswirkung auf die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte hat sich schon bisher die praktische Bedeutung des Ermessensproblems im wesentlichen erschöpft: Es erscheint daher gerechtfertigt, hier auch in Zukunft in einem weiteren formellen Sinne von einem freien Ermessen zu sprechen. Freies Ermessen in diesem weiteren Sinne liegt daher vor, wenn trotz an sich gegebener Zuständigkeit des Gerichtes die Übereinstimmung einer Verwaltungsentscheidung mit dem Recht in bestimmtem Umfang gerichtlicher Kontrolle nicht unterworfen ist[18]. Ermessensfreiheit ist danach sowohl in den Fällen echten freien Ermessens als auch dann gegeben, wenn zwar rechtliche Bindungen vorhanden sind, die Entscheidung jedoch nach dem Willen der politischen Führung einer richterlichen Kontrolle entzogen ist. Auf diesem heute allein praktisch brauchbaren Begriff des freien Ermessens werden auch die folgenden Erörterungen aufbauen.

Durch die Einräumung freien Ermessens wird nun nicht etwa jegliche Nachprüfung der behördlichen Entscheidung ausgeschlossen. Soweit die Gerichte zur Nachprüfung der Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsanordnung nicht befugt sind, haben in erhöhtem Maße die im Verwaltungsorganismus vorgesetzten Dienststellen die Einhaltung des Rechtes zu überwachen und durch Anweisungen, Verwaltungsverordnungen usw. sicherzustellen. Da nun die vorgesetzten Dienststellen grundsätzlich jede Ermessensentscheidung nachgeordneter Instanzen aufheben können, ist zwar im Genuß wirklicher keiner Nachprüfung mehr unterliegender Entschlußfreiheit nur der oberste Leiter der Behörde, der Minister, letzten Endes gar nur der Führer; das Verhältnis der Verwaltungsbehörden zu den Gerichten und damit auch die den untergeordneten Behörden zustehende Ermessensfreiheit werden jedoch durch solche innerdienstlichen Beschränkungen nicht berührt.

B: Das freie Ermessen und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist einer der wichtigsten Grundsätze des liberalen Rechtsstaates. Durch diesen Grundsatz wird die Tätigkeit der Behörden an die Gesetze gebunden. Er bedeutet daher notwendig, daß behördliche Maßnahmen nicht gegen ein Gesetz verstoßen dürfen (= Vorrang des Gesetzes, von Bühler[19] als Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im weiteren Sinne bezeichnet). Die Entwicklung hat aber zu einer noch weitergehenden Bindung der Behörden an die Gesetze geführt. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedeutete schließlich, daß die Verwaltungsbehörden nur auf Grund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung im allgemeinen Gewalt-

[18] Koellreutter, Verwaltungsrecht, S. 78; Schüle, Verwaltungsermessen, S. 346.

[19] Die subj. öfftl. Rechte, S. 123, 153.

verhältnis in Freiheit und Eigentum des einzelnen eingreifen durften (= Vorbehalt des Gesetzes, nach Bühler[20] Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im engeren Sinne). In dieser letzten Ausprägung ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gewöhnlich aufgefaßt und in den meisten deutschen Ländern, namentlich in Preußen, als zurecht bestehend betrachtet worden[21]. Diese Verfassungslage hatte zur notwendigen Folge, daß den Behörden auch nur dort Ermessensfreiheit zustehen konnte, wo ein Gesetz ihnen ausdrücklich einen Ermessensspielraum einräumte.

Die Tragweite des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im neuen Staate ist sehr umstritten. Verschiedene Schriftsteller wollen heute nur den Vorrang des Gesetzes, also das Prinzip der Gesetzmäßigkeit in seinem weiteren Sinne anerkennen[22]. Das hiermit aufgeworfene Problem berührt unmittelbar auch die Frage nach dem grundsätzlichen Umfang des freien Verwaltungsermessens im heutigen Staat. Denn gilt auch jetzt noch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in seinem engeren Sinne, so kann den Behörden im Verhältnis zu den Gerichten freies unüberprüfbares Ermessen nur in dem Maße zustehen, als ein Gesetz sie zu einem Vorgehen nach freiem Ermessen ermächtigt. Gilt aber heute nur der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in seinem weiteren Sinne, so kann das Gericht einen Verwaltungsakt nicht schon deshalb aufheben, weil er einer gesetzlichen Grundlage ermangelt, sondern lediglich dann, wenn die Maßnahme gegen die Gesetze oder das Recht verstößt: innerhalb dieser Grenzen könnten die Behörden daher nach freiem Ermessen entscheiden. Der den Verwaltungsbehörden zustehende Ermessensbereich hätte damit also eine Ausdehnung erfahren, deren Feststellung und Begrenzung die Gerichte vor ganz neue schwierige Probleme stellen würde.

Der Liberalismus verfolgte mit der Anerkennung des Vorbehaltes des Gesetzes in erster Linie den Zweck, die Einflußnahme der Volksvertretung auf den Gang der Verwaltung zu gewährleisten. Im Ergebnis führte dieser Grundsatz häufig zu einer Hemmung der Staatsgewalt, da der schwerfällige Gesetzgebungsweg es oft nicht zuließ, die Gesetze rechtzeitig den praktischen Notwendigkeiten anzupassen. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im engeren Sinne hat aber trotzdem auch im heutigen Staat unter veränderten Gesichtspunkten seine Berechtigung[23]. Er steht nicht etwa im Gegensatz zu dem heutigen Ordnungs-

---

[20] a.a.O. S. 153.

[21] Über die Tragweite dieses Prinzips und die Einschränkungen, die schon früher anerkannt waren, vgl. insbes. Thoma, der Vorbehalt usw.

[22] u. a. Koellreutter, DJZ. 1934, S. 629 (im RWBl. 1935, S. 446 scheint er diesen Standpunkt aber aufgegeben zu haben); Maunz, Neue Grundlagen, S. 33.
Aus der heutigen Verfassungslage läßt sich die Geltung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung i. e. S. nur für Rechtssätze (= generelle Anordnungen) folgern; unrichtig daher Ule im RWBl. 1934, S. 650.

[23] Das gilt aber nur für die Behörden, nicht für die oberste politische Führung, die gegen ihren Willen keinen (gesetzlichen) Bindungen unterworfen sein kann.

denken. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip besagt nichts darüber, welche Gesichtspunkte für die Feststellung des Inhalts der Ermächtigungsnormen zu gelten haben; es fordert keineswegs ein Denken in Normen und schließt nicht ein Denken vom Rechte her aus. Die Verwaltungsgerichte haben deshalb schon bisher in ihren Entscheidungen weitgehend den Bedürfnissen der Verwaltung Rechnung tragen können[24]. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im engeren Sinne ist aber nicht nur vereinbar mit unserem heutigen Rechtsdenken, seine Geltung wird vielmehr geradezu durch die Verfassungsgrundsätze des neuen Reiches gefordert. Es ermöglicht erst die volle Auswirkung des Führerprinzips, indem es durch die Bindung der Tätigkeit der Behörden eine einheitliche Durchführung des Führerwillens sicherstellt[25]; denn anderenfalls würden die vielen im voraus garnicht übersehbaren Eingriffsmöglichkeiten der Behörden den Überblick über den Gang der Verwaltung unmöglich machen und damit den Schwerpunkt der Verwaltungspolitik von der Führung auf die nachgeordneten Instanzen verschieben. Nur dort, wo die Versagung einer Eingriffsmöglichkeit sich mit dem gesunden Volksempfinden aufs Äußerste in Widerspruch setzen würde und außerdem eine abweichende Stellungnahme der politischen Führung nicht vorliegt und auch unter keinem verständigen Gesichtspunkt zu rechtfertigen wäre, kann es zulässig sein, aus dem Rechte schlechthin neue, aus keiner formellgesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Grundlage herzuleitende Ermächtigungen für die Behörden zu schaffen[26]. In einem solchen Falle sind die Verwaltungsbehörden nicht nur zu einem Einschreiten berechtigt, sondern unbedingt dazu verpflichtet. Soweit die Gerichte überhaupt zur Nachprüfung der getroffenen Entscheidung zuständig sind, muß ihnen auch die Befugnis zugesprochen werden, die Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Behörden in vollem Umfang zu kontrollieren. Für freies unüberprüfbares Ermessen ist hier somit kein Raum.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß den Verwaltungsbehörden auch heute unüberprüfbares Ermessen nur insoweit zusteht, als ihnen durch ein Gesetz freies Ermessen eingeräumt ist.

C. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegenüber Ermessensentscheidungen nach den deutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen.

Die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den einzelnen deutschen Ländern weist derartige Verschiedenheiten auf, daß ein mate-

---

[24] Reuß, JW. 1935, S. 1953. Vgl. auch preuß. OVG. 89, 205 ff. (betr. den Gemeingebrauch am Meeresstrand) und RFH. 28, 209 f. (wohlerworbene Beamtenrechte).

[25] von Köhler, S. 49; Huber, DJZ. 1934, S. 957; Scheuner, RVBl. 1934, S. 514 R. 6.

[26] Von einem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann daher heute nicht mehr gesprochen werden. Hinzu kommt, daß der Begriff „Gesetzmäßigkeit" den Anschein erweckt, als ob nur eine Bin-

rieller Begriff der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht aufgestellt werden kann. Ihr Wesen kann nur rein formell bestimmt werden, und zwar als eine besondere in den Formen des gerichtlichen Verfahrens (mittels Klage, Mitwirkung und Anspruch der Parteien auf mündliche Verhandlung, Urteil) sich bewegende Verwaltungstätigkeit[27].

Die wichtigste Aufgabe der Verwaltungsgerichte besteht darin, bereits ergangene Verwaltungsakte einer Prüfung zu unterziehen. Durch Art. 107 WRV. war ihre Errichtung „zum Schutze des einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden" vorgeschrieben. Auch im heutigen Staate sollen die Verwaltungsgerichte dem einzelnen die Möglichkeit geben, ungerechtfertigte Eingriffe der Verwaltungsbehörden in seine Rechtsstellung dadurch abzuwehren, daß er im Wege der Klage eine Nachprüfung der Maßnahme durch eine unabhängige Instanz herbeiführt[28]. Dieser Rechtsschutz wird heute aber nicht mehr wie im Weimarer Staat um des einzelnen als Sonderling, sondern um der Gesamtheit willen zur Wahrung der völkischen Gemeinschaftsordnung gewährt. Die weitere Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit rechtfertigt sich aus der Erkenntnis, daß die allgemeine Volksordnung regelmäßig auch durch die Verletzung von Einzelinteressen gefährdet wird.

Bei der Regelung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte haben die Gesetze der Länder unterschiedlich zu der Frage Stellung genommen, ob grundsätzlich ein der gerichtlichen Kontrolle nicht unterliegender Ermessensspielraum der Behörden anerkannt werden sollte. Dabei haben sich die folgenden beiden Systeme der Verwaltungsgerichtsbarkeit herausgebildet[29]:

a) Die Verwaltungsgerichte sind zur Nachprüfung der Verwaltungsakte in vollem Umfang befugt, ohne daß hierbei zwischen Rechts- und Ermessensfragen unterschieden wird. Die Frage, ob der Behörde im einzelnen Falle freies Ermessen zusteht, kann bei dieser Regelung heute schon begrifflich nicht mehr auftauchen. Obiges System gilt — ausnahmslos in Verbindung mit dem Enumerationsprinzip — in Preußen[30],

---

dung der Behörden an die Gesetze, nicht aber an das Recht bestehe. Der Begriff der Gesetzmäßigkeit wird deshalb durch den der Rechtmäßigkeit der Verwaltung zu ersetzen sein. Vgl. auch Maunz, Die Rechtmäßigkeit der Verwaltung, S. 51; Koellreutter im RVBl. 1935, S. 446; Laforet, S. 225; Huber, Ak. f. D.R. 1937, S. 368 u. a.

[27] O. Müller, S. 30; O. Mayer, Bd. I, S. 135 ff.; Hatschek, S. 393 f.; Bühler, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 747 usw. Vgl. hierzu auch Danckwerts, a.a.O.

[28] Die ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit bleibt hier außer Betracht. In den höheren Instanzen handelt es sich aber auch hier um eine Nachprüfung des vom Gericht 1. Instanz erlassenen Verwaltungsaktes.

[29] Zu den folgenden Ausführungen vgl. von Elbe, a.a.O., und Bühler, Die subj. öfftl. Rechte, II. Teil.

[30] Wieweit das preußische OVG. tatsächlich über Fragen zu entscheiden hat, die seiner Nachprüfung nicht unterliegen würden, wenn seine Zuständigkeit auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung beschränkt wäre, ist umstritten; vgl. dazu Bühler, die subj. öfftl. Rechte, S. 276 ff. Es ist jedoch zu beachten, daß das OVG. bei Rechtsbegriffen nicht auf die Prüfung beschränkt ist, ob die Grenzen des „Ermessensspielraumes" ein-

Anhalt, Hessen, Oldenburg und Mecklenburg-Strelitz. Aber auch in diesen Ländern ist zumeist eine anderweitige Regelung auf dem Gebiete des Polizeirechts getroffen. So bestimmt § 50 Abs. 1 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931 über die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen Polizeiverfügungen:

> Die Klage kann nur darauf gestützt werden, daß der angefochtene Bescheid den Kläger in seinen Rechten beeinträchtige, weil er das geltende Recht verletze.

Die Anfechtungsklage ist somit nur bei Rechtsverletzungen gegeben. Mit diesem Erfordernis war bisher zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, daß die Prüfung der Gerichte sich nicht auf Ermessensfragen erstrecken durfte. Heute, wo auch im Bereich des freien Ermessens rechtliche Bindungen bestehen, muß der Begriff der Rechtmäßigkeit, soweit er in Gesetzen der liberalen Epoche anzutreffen ist, in einem weiteren seiner bisherigen Bedeutung entsprechenden Sinne aufgefaßt werden[31]. Eine Entscheidung kann deshalb nicht das Recht (i. w. S.) verletzen, wenn die Behörde sich innerhalb des ihr eingeräumten Ermessensbereiches gehalten hat. — Für eine Nachprüfung des behördlichen Ermessens ist in den genannten Ländern allgemein auch insoweit kein Raum, als das oberste Verwaltungsgericht nur als Revisionsgericht tätig wird.

b) In allen übrigen Ländern sind Ermessensentscheidungen grundsätzlich der gerichtlichen Kontrolle entzogen. Zuweilen ist die Nachprüfung von Ermessensfragen ausdrücklich für unzulässig erklärt (so in Bayern, Württemberg, Thüringen usw.). Andere Länder haben eine solche ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen, aber dafür positiv zum Ausdruck gebracht, daß das Prüfungsrecht der Gerichte sich auf die Frage beschränke, ob das bestehende Recht nicht oder nicht richtig angewendet sei[32]. Damit ist, wie bereits dargelegt, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in Ermessensfragen gleichfalls ausgeschlossen. Meistens ist gleichzeitig die Klageberechtigung von der Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts abhängig gemacht[33]. Auch hierdurch werden Ermessensfragen der richterlichen Kontrolle entzogen; denn ein vor den

---

gehalten sind (vgl. dazu unten 2. Teil, A), sondern auch innerhalb dieser Grenzen die Übereinstimmung der Entscheidung mit dem Recht nachprüfen und gegebenenfalls sein eigenes Ermessen walten lassen kann.

31 Über dies Problem der „Doppelschichtigkeit des Rechtes", der gleichzeitigen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit vgl. Reuß, JW. 1937, S. 1843 und die dort angegebene Literatur.

32 So Preußen für das Polizeirecht in § 50 PVG. (vgl. oben a)) und Sachsen, wo der maßgebliche § 76, Abs. 1, Ziff. 1 VRPG. lautet:
Die Anfechtungsklage kann nur darauf gestützt werden:
1. daß das bestehende Recht nicht oder nicht richtig angewendet worden sei und die angefochtene Entscheidung hierauf beruhe.
2. daß in dem Verfahren, welches der angefochtenen Entscheidung vorangegangen ist, eine wesentliche Formvorschrift unbeachtet gelassen sei.

33 In § 50 PVG. wird verlangt, daß der Kläger in seinen Rechten verletzt worden ist. Für Sachsen bestimmt § 73 VRPG.: „Die Anfechtungsklage steht den Beteiligten zu". Als beteiligt hat das OVG. in ständiger Rechtsprechung bis zu seiner grundlegenden in Jahrb. Bd. 39, S. 1 ff. veröffentlichten Entscheidung nur denjenigen angesprochen, der die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts geltend machte.

Gerichten verfolgbares Recht des einzelnen auf ein bestimmtes Verhalten der Behörde besteht dort nicht, wo die Behörde ihr Verhalten nach freiem Ermessen, d. h. in einer für die Gerichte bindenden Weise bestimmen kann[34].

Das Problem des freien Ermessens ist somit nur dort gegeben, wo die Verwaltungsgerichte auf die Ausübung der Rechtskontrolle (i. w. S.) beschränkt sind. Wird ein solches Gericht um die Nachprüfung einer behördlichen Maßnahme angegangen, so hat es sich darüber klar zu werden,

1) in welchem Umfang der Behörde durch ein Gesetz freies Ermessen eingeräumt ist,
2) ob trotz Vorliegens einer Ermessensentscheidung eine gerichtliche Kontrolle stattfinden kann und welche Schranken dieser Nachprüfung zu ziehen sind.

Im folgenden soll die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu diesen beiden Fragen einer Betrachtung unterzogen werden. Wir beschränken uns dabei im wesentlichen auf die Rechtsprechung des preußischen und des sächsischen Oberverwaltungsgerichts seit 1919 und auf die Entscheidungen des Reichsfinanzhofs. — Aus der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts sind für die Frage des Ermessens von besonderer Bedeutung die auf dem Gebiet des Polizeirechts ergangenen Entscheidungen; denn hier ist das Gericht durch § 50 PVG. (früher § 127 LVG.) auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung beschränkt, während es im übrigen regelmäßig auch für Ermessensfragen zuständig ist. — Dem sächsischen Oberverwaltungsgericht ist hingegen die Nachprüfung von Ermessensfragen ganz allgemein verwehrt, da § 76 VRPG. seine Zuständigkeit auf die Frage der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung beschränkt. — Der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs ist ein besonderer Abschnitt gewidmet, weil das Problem des freien Ermessens in der Steuerverwaltung eine von den übrigen Verwaltungszweigen weitgehend abweichende Entwicklung genommen hat.

[34] Die Frage, ob und in welchem Umfang auch im neuen Staat subjektive öffentliche Rechte anerkannt werden können, bedarf hier nicht der Erörterung. Auch wenn die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte im neuen Staat verneint wird, behält das freie Ermessen als Schranke für das Prüfungsrecht der Gerichte seine selbständige Bedeutung.

Zweiter Teil:

Das Ermessen der Verwaltungsbehörden (mit Ausschluß der Steuerverwaltung).

A. Die Einräumung freien Ermessens durch die Verwaltungsgerichtsgesetze.

I. Allgemeines.

Freies Ermessen wurde bisher dort als gegeben angesehen, wo der Gesetzgeber bewußt eine eindeutige gesetzliche Normierung nicht getroffen hatte. Ermessensfreiheit bedeutete deshalb gesetzlich gewollte Mehrdeutigkeit und stand damit im Gegensatz zur gesetzlichen Gebundenheit (= gesetzlich gewollte Eindeutigkeit). Auch in Zukunft wird der Gesetzgeber dort, wo er eine behördliche Entscheidung der gerichtlichen Nachprüfung entziehen und somit freies Ermessen einräumen will, diese Absicht dadurch zum Ausdruck bringen, daß er von einer eindeutigen Regelung bewußt Abstand nimmt. Dabei stehen mehrere Möglichkeiten offen[35]:

Es kann dem Ermessen der Behörde überlassen werden, ob sie bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einschreitet oder nicht (= Kann-, Darf- und u. U. auch Sollvorschriften). Das behördliche Ermessen kann ferner in der Wahlmöglichkeit zwischen mehreren gesetzlich gleicherweise in Betracht kommenden Maßnahmen bestehen. Freies Ermessen liegt auch vor, wenn es der Behörde überlassen bleibt, frei zu entscheiden, ob eine Voraussetzung für ihr Einschreiten bzw. Nichteinschreiten gegeben ist. In all diesen Fällen begegnet die Feststellung, ob im einzelnen Fall freies Ermessen eingeräumt werden sollte, meist keiner größeren Schwierigkeit. Die eigentlichen Zweifelsfragen bei der Abgrenzung zwischen freiem Ermessen und gerichtlicher Überprüfbarkeit ergeben sich erst bei der Frage, ob und wann die unbestimmten Gesetzesbegriffe einer richterlichen Kontrolle unterliegen sollen.

II. Die unbestimmten Gesetzesbegriffe[36].

Nahezu jeder Begriff ist mehr oder minder unbestimmt. Auch der Tatbestand verwaltungsrechtlicher Ermächtigungsnormen enthält sehr häu-

---

[35] Vgl. dazu insbesondere Maunz, Verwaltung, S. 210 ff.; Laforet, S. 262 ff.; Schüle, Verwaltungsermessen, S. 343 f.

[36] Hierzu vgl. insbesondere W. Jellinek, VR. S. 31 ff.; Bühler, Die subj. öfftl. Rechte, S. 27 ff.; Schüle, Verwaltungsermessen, S. 344 f.; Drost S. 20 ff. Maunz, Verwaltung, S. 213.

fig Begriffe, die inhaltlich nicht ohne weiteres feststehen und auch durch Heranziehung wissenschaftlich feststehender Erkenntnisse nicht bestimmt werden können, die vielmehr je nach dem Standpunkt, von dem aus man an seine Auslegung herantritt, mehrdeutige Auffassungen zulassen. Wenn sich in einem Gesetz solch ein unbestimmter Begriff findet, so bedeutet das nicht ohne weiteres, daß der Behörde ein Ermessensspielraum gewährt ist. Freies Ermessen kann vielmehr nur dann gegeben sein, wenn die Mehrdeutigkeit des Begriffes vom Gesetzgeber gewollt ist. So kann z. B. die Frage, ob eine Anlage als Park zu bezeichnen ist, im Einzelfall zweifelhaft sein; die Entscheidung hierüber soll aber sicher niemals, auch nicht in begrenztem Umfang, dem unüberprüfbaren Ermessen der Behörde überlassen bleiben. Ein Ermessensspielraum wird vielmehr regelmäßig nur dann anzuerkennen sein, wenn das Vorliegen der Merkmale eines Begriffes im wesentlichen lediglich auf Grund einer Abschätzung und Bewertung von Tatsachen festgestellt werden kann[37]. Das individualistische Bestreben, die Befugnisse der Verwaltungsbehörden möglichst weitgehend rechtlichen Bindungen zu unterwerfen, hat dazu geführt, daß solche unbestimmten Begriffe in den Gesetzen in immer größerem Umfang Verwendung fanden[38]. Aber auch in Zukunft wird den unbestimmten Begriffen eine erhebliche Bedeutung zukommen. Während aber früher unbestimmte Begriffe grundsätzlich nur dort verwandt wurden, wo eine eingehendere gesetzliche Regelung, die man als das Ideal betrachtete, nicht möglich war, dienen sie heute gerade dazu, die Behörden weitgehend von engen gesetzlichen Fesseln zu befreien und ihnen damit die Möglichkeit zu geben, ihr Verhalten allgemein an dem Recht auszurichten[39]; denn man hat heute eingesehen, daß ein entschlußkräftiges Beamtentum eine größere Gewähr für eine zweckmäßige Verwaltungstätigkeit bildet als ein engmaschiges Netz von Rechtsvorschriften. Damit sind sowohl die Verwaltungsbehörden als die Verwaltungsgerichte vor neue schwierige Aufgaben gestellt.

Das liberale Verwaltungsrecht unterschied bei den unbestimmten Gesetzesbegriffen zwischen solchen Begriffen, die das Ermessen der Behörden an einen bestimmten objektiven Maßstab binden sollten (= Rechtsbegriffe) und solchen, die lediglich eine Delegation des Gesetzgebers an die Behörden zu einer Entscheidung nach ihrer eigenen Überzeugung vom öffentlichen Interesse enthielten (= Ermessensbegriffe). Auch hier wirkte sich also folgerichtig die das liberale Recht beherrschende These von dem grundsätzlichen Gegensatz zwischen Rechts- und Ermessensfragen aus. Heute kann die Unterscheidung zwischen Rechts- und Ermessensbegriffen nur noch in dem Sinne Geltung beanspruchen, daß Rechtsbegriffe in bestimmtem durch Auslegung festzustellendem Umfang der richterlichen Nachprüfung unterstehen, während bei Ermessensbegriffen eine richterliche Kontrolle grundsätzlich überhaupt unzulässig ist[40].

---

[37] W. Jellinek, VR. S. 32.
[38] Maunz, Verwaltung, S. 213; Schüle, a.a.O., S. 345.
[39] Huber, DJZ. 1934, S. 958.
[40] so auch Schüle, Verwaltungsermessen, S. 346.

Auch ein unbestimmter Rechtsbegriff kann dem Ermessen der Verwaltungsorgane Raum lassen. Hierbei sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

Der Ermessensspielraum kann sich daraus ergeben, daß Gesetz und Recht mehrere Entscheidungen als gleichwertig erscheinen lassen. Die Maßstäbe, nach denen eine Entscheidung zu treffen ist, werden selten hinreichend sein, um das Verhalten der Behörde völlig eindeutig zu bestimmen. Häufig wird sich im einzelnen Falle erst mit Zuhilfenahme besonderer technischer oder wissenschaftlicher Kenntnisse oder besonderer administrativer Erfahrung feststellen lassen, ob die Merkmale des unbestimmten Begriffs gegeben sind[41]. Nicht immer haben sich aber feststehende Anschauungen gebildet; ganz besonders vom Standpunkt der Verwaltungspraxis werden sich oft verschiedene Urteile rechtfertigen lassen. Der Gesetzgeber kann jedoch auch hier eine völlig eindeutige Bindung der Behörden beabsichtigt haben. Eine solche Bindung ist sicherlich immer dann bezweckt, wenn das Gerechtigkeitsempfinden es nicht zuläßt, daß u. U. verschiedene Behörden bei gleichem Sachverhalt unterschiedlich dazu sollten Stellung nehmen können, ob eine Voraussetzung ihres Handelns gegeben ist. So widerstrebt es unserem sittlichen Empfinden, die Entscheidung, ob eine strafbare Handlung vorliegt, irgendwie dem Ermessen des Strafrichters zu überlassen. Hier ist es Aufgabe der Rechtsprechung, eindeutige Grundsätze für die Auslegung des Begriffes aufzustellen. Wo diese Gründe jedoch nicht zutreffen, sind die Gerichte gehalten, in den oben bezeichneten Grenzen auch unterschiedliche Entscheidungen der Behörden als rechtmäßig anzuerkennen[42].

Dem Gesetzgeber, der eine Entscheidung ohne Rücksicht auf etwa bestehende rechtliche Bindungen in vollem Umfang dem unüberprüfbaren Ermessen der Behörden überlassen kann, steht auch die Möglichkeit offen, die Befugnis der Gerichte zur Nachprüfung einer Entscheidung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Recht in einem weniger weitgehenden Maße auszuschließen. Er kann daher auch über die oben bezeichneten Grenzen hinaus der administrativen Erfahrung der Behörde einen Spielraum gewähren, um sie bei der zweckentsprechenden Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben nicht unnötig zu behindern. Ein solcher Wille des Gesetzgebers wird häufig zu vermuten sein[43]. Das über die Gültigkeit eines

---

41 Herrnritt, S. 293.

42 Die Lage dieser „Ermessensgrenzen" hat natürlich heute gegenüber früher mancherlei Änderungen erfahren. Es handelt sich hier nicht mehr um normen-, sondern um ordnungsgebundene Begriffe, die zu einer Wertung zwingen, welche nach den Grundsätzen der nationalsozialistischen Rechts- und Staatsordnung zu erfolgen hat. Vgl. C. Schmitt, JW. 1933, S. 2794, Leitsatz 4; Maunz in Z. StaatsW. 1935, S. 329; Huber in DJZ. 1934, S. 958; preuß. OVG. 98, 115 f. zu dem Begriff des öffentlichen Interesses.

43 Das gilt insbesondere auf dem Gebiete des Polizeirechts für die Begriffe „Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung". Hieraus ergibt sich auch die Beantwortung der Frage, ob für die Polizei das Legalitäts- oder das Opportunitätsprinzip gilt: Die Polizei muß einschreiten, wenn nach der Verwaltungserfahrung das Vorliegen der Voraussetzungen für ein polizeiliches Vorgehen nicht mehr verneint werden kann.

Verwaltungsaktes entscheidende Gericht soll deshalb nur soweit es im Interesse der Rechtsordnung erforderlich ist in den Gang der Verwaltung eingreifen und einen behördlichen Akt nur dann aufheben, wenn ein Fehler der Behörde in *überzeugender* Weise dargetan werden kann[44].

In den Fällen, wo ein Rechtsbegriff dem Ermessen der Behörde Spielraum gibt, hat man früher von gebundenem Ermessen gesprochen[45]. Man wollte damit zum Ausdruck bringen, daß die Behörde durch den unbestimmten Begriff einerseits an objektive, durch Auslegung feststellbare Richtlinien gebunden war, andererseits aber dort, wo diese Maßstäbe versagten, nach freiem Ermessen auf Grund eigener Interessenabwägung entscheiden konnte[46]. Da heute alles Ermessen an das Recht gebunden ist, kann der Begriff des gebundenen Ermessens nicht mehr zur Kennzeichnung einer einzelnen Erscheinungsform des Ermessens verwandt werden. Es empfiehlt sich, hier in Zukunft von der Einräumung eines *beschränkten Ermessensspielraums* durch einen unbestimmten Begriff zu sprechen[47]. Die Gerichte erkennen häufig ausdrücklich[48] einen solchen beschränkten Ermessensspielraum der Verwaltungsorgane

---

[44] vgl. Tezner im Verw. Arch. Bd. 9, S. 598 f.

[45] Jedoch waren die Auffassungen recht uneinheitlich: Häufig lehrte man abweichend von obigen Ausführungen, gebundenes Ermessen sei dann gegeben, wenn lediglich *eine* Entscheidung, wenn auch nur der Idee nach, dem Gesetz entspreche (so Thoma, Der Vorbehalt der Legislative, S. 234 und neuerdings Peters, S. 486, von Köhler, S. 270 f.); diese Ansicht wurde jedoch den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht. Verschiedene Autoren sprachen sogar dem Begriff des gebundenen Ermessens jede Berechtigung ab (vgl. Scheuner im Verw.-Arch., Bd. 33, S. 69; Buchmann, S. 83 f.).

[46] Es trifft daher wohl nicht zu, daß der Begriff „gebundenes Ermessen" bisher in sich widerspruchsvoll war, wie Schüle, Verwaltungsermessen, S. 344 N. 14 annimmt.

[47] Von einem *richterlichen* Ermessen (vgl. Laforet, S. 264) kann hier nicht gesprochen werden, da der Behörde wirkliches, wenn auch beschränktes Verwaltungsermessen zustehen soll.

[48] Die Verwaltungsgerichte brauchen heute in der Regel nicht darauf einzugehen, ob gesetzliche Eindeutigkeit vorliegt oder aber ein beschränkter Ermessensspielraum gewährt ist. Denn die Frage, ob eine bestimmte behördliche Entscheidung nicht nur ergehen *konnte* (= Ermessen), sondern auch getroffen werden *mußte* (= Eindeutigkeit), wird erst praktisch, wenn zu prüfen ist, ob eine *Unterlassung* der Behörde das Recht verletzt. Hierüber haben aber gewöhnlich nicht die Verwaltungsgerichte, sondern lediglich die ordentlichen Gerichte im Rahmen des Art. 131 WRV. zu befinden; nur das sächsische OVG. hat auch eine Klage für zulässig betrachtet, mit der ein Einschreiten der Polizei gegen dem Kläger drohende Gefahren verlangt wird (vgl. Bühler, die subj. öfftl. Rechte, S. 444 f. und neuerdings sächs. OVG. Jahrb. 34, 116). Diese Rechtslage wird sich jedoch nach Inkrafttreten des § 147 des Beamtengesetzes vom 26. Januar 1937, der bei Klagen aus Art. 131 WRV. eine Konfliktserhebung vor dem noch zu bildenden Reichsverwaltungsgericht vorsieht, ändern. Auf Grund der genannten Vorschrift wird das Reichsverwaltungsgericht nämlich in Zukunft häufig darüber zu urteilen haben, ob und wann die Behörden zu einem Vorgehen verpflichtet sind, ob die gesetzliche Ermächtigungsnorm also bei der Frage, ob eine Maßnahme zu treffen ist, eine Bindung der Behörde herbeiführt oder ihrem Ermessen Raum läßt.

an: so, wenn sie davon sprechen, daß eine Entscheidung nach verständigem Ermessen zu erfolgen habe[49], daß dem Ermessen der Behörde ein (weiter) Spielraum zu lassen sei[50], oder wenn das sächsische Oberverwaltungsgericht bei Rechtsbegriffen teilweise nur nachprüft, ob sie von den Verwaltungsbehörden unter den hierbei maßgeblichen Gesichtspunkten hinreichend berücksichtigt worden sind, die Entscheidung selbst aber im wesentlichen als Frage des Verwaltungsermessens behandelt[51].

Auch bei der Handhabung von Ermessensbegriffen ist die Behörde an objektive Maßstäbe gebunden. Lassen sich aus der Norm selbst spezielle Gesichtspunkte nicht herleiten, so besteht letztlich immer noch eine Bindung an das Recht und damit an die nationalsozialistische Weltanschauung. Die Ermessensbegriffe unterscheiden sich von den unbestimmten Rechtsbegriffen lediglich dadurch, daß die Gerichte grundsätzlich nicht befugt sind, die Einhaltung der für ihre Anwendung maßgeblichen objektiven Kriterien nachzuprüfen.

Ob im einzelnen Fall ein Rechts- oder Ermessensbegriff vorliegt, ist durch Auslegung[52] festzustellen. Da das Gesetz aber nur selten befriedigende Auskunft gibt, sind die maßgeblichen Auslegungsgrundsätze aus der Natur des freien Ermessens zu folgern[53]:

Freies Ermessen ist gleichbedeutend mit dem Ausschluß richterlicher Kontrolle. Der Gesetzgeber wird deshalb freies Ermessen im wesentlichen dort gewähren, wo durch die Überlassung der letzten Entscheidung an den Richter die Grenzen, die diesem durch seine Stellung im Staatsorganismus gezogen sind, überschritten würden, wo es sich also um der Rechtspflege wesensfremde Tätigkeitsbereiche handelt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um solche Fragen der Verwaltungspolitik handelt, deren Beantwortung weniger nach rechtlichen Gesichtspunkten, als vielmehr unter Berücksichtigung der jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse und Bedürfnisse der Verwaltung geschehen kann[54]. In einem solchen Falle ist der Behörde der mit ihrer Maßnahme zu verfolgende Zweck regelmäßig nur ganz allgemein, etwa durch Verweisung auf das Staatswohl, vorgeschrieben. Eine solche Bindung der Behörden an die Bedürfnisse des Staates besteht auch dort, wo der Gesetzgeber ihnen ganz eindeutig, etwa durch eine Kannvorschrift, freies Ermessen eingeräumt hat. Es kann nun aber keinen Unterschied ausmachen, ob der Gesetzgeber eine Selbstverständlichkeit noch besonders im Gesetze zum Ausdruck bringt oder ob er nur stillschweigend auf sie verweist.

---

49 preuß. OVG. 77, 338; vgl. auch 76, 392; 83, 233.

50 preuß. OVb. 94, 138 f. (Abwehr staatsgefährdender kommunistischer Gewaltakte); sächs. OVb. in Jahrb. 26, 102; 29, 130 (öffentliche Ordnung im Polizeirecht); 33, 310 f.; 34, 15.

51 Jahrb. 30, 222 f.; 31, 32; 32, 259; 34, 8 f., 31, 182 u. a.

52 Zu den bisherigen Versuchen, ein Kriterium für die Unterscheidung zwischen Rechts- und Ermessensbegriffen aufzustellen, vgl. Plappert, S. 59 ff.

53 In der neueren Literatur ist zu den folgenden Fragen noch kaum Stellung genommen worden.

54 Vgl. Knauth im RVBl. 1933, S. 886.

Danach ist also folgender Auslegungsgrundsatz anzuerkennen: Wenn ein unbestimmter Begriff mit einem oder mehreren scharf zu umgrenzenden Zwecken in Verbindung gesetzt wird, etwa der Begriff der öffentlichen Ordnung zum Polizeizweck im Gegensatz zu Art. 48 WRV., wo dieser Begriff auf das allgemeine Staatswohl verweist, so liegt im Zweifel ein Rechtsbegriff vor; enthält er aber nur eine Verweisung auf den Staatszweck bzw. das Recht schlechthin oder auf speziellere, nicht scharf zu umgrenzende Zwecke, so wird es sich im Zweifel um einen Ermessensbegriff handeln[55] [56]. Unter diesem Gesichtspunkt, der natürlich Zweifelsfragen immer noch weiten Raum läßt, kann der gleiche Begriff jenachdem, in welchem Zusammenhang er verwendet wird, einmal als Rechts- und ein anderes Mal als Ermessensbegriff zu behandeln sein. Das gilt z. B. von dem Begriff des öffentlichen Interesses[57]. Die Rechtsprechung hat sich häufig mit unbestimmten Gesetzesbegriffen befaßt. Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte sind aber mit Vorsicht zu verwerten: denn wenn dem Ermessen der Behörde Raum gelassen wird, so ist damit noch nichts darüber gesagt, ob nach Ansicht des Gerichts der Begriff allgemein oder nur in bestimmten Grenzen freies Ermessen gewährt, ob also ein Ermessensbegriff oder nur ein beschränkter Ermessensspielraum anerkannt werden soll; wenn im einzelnen Fall eine Nachprüfung stattfindet, so beweist das nicht, daß der Begriff als Rechtsbegriff betrachtet wird, es kann sich vielmehr auch um Ausübung von Ermessenskontrolle[58] handeln. Besonders das sächsische Oberverwaltungsgericht spricht auch

---

[55] Jeder unbestimmte Wertbegriff enthält in gewissem Umfang eine Verweisung auf politische Gesichtspunkte (Reuß, Verw.-Arch. Bd. 41, S. 257). Bei einem Ermessensbegriff überwiegen nun diese politischen Erwägungen, während bei Rechtsbegriffen verwaltungstechnische Gesichtspunkte im Vordergrund stehen.

[56] Die liberale Verwaltungsrechtslehre sprach das freie Ermessen geradezu als Freiheit der Zweckwahl an (vgl. z. B. Laun, S. 62 f.). Freies Ermessen wurde deshalb auch im wesentlichen dann anerkannt, wenn der Behörde der mit ihrer Maßnahme zu verfolgende Zweck nicht vorgeschrieben war (vgl. Buchmann, S. 99 ff.).

[57] so auch Schüle, Verwaltungsermessen, S. 344. Manche Autoren nehmen hier in jedem Fall freies Ermessen an; so Laun, S. 70 und Buchmann, S. 101 ff. — Die Rechtsprechung (von der Steuerrechtsprechung ganz abgesehen) behandelt den Begriff des öffentlichen Interesses zumeist als Rechtsbegriff: sächs. OVG. Jahrb. 28, 30; 30, 223; 32, 249; preuß. OVG. 82, 362 f. (§ 116 WG.); 82, 401 (§ 33, Abs. 3, Ziff. 3 GewO.); 84, 153 (§ 83 LWG.); 85, 186 (§ 4 KAG.); 96, 11 ff. (§ 6 KAG. mit besonders weitgehender Prüfung). Das preuß. OVG. verlangt häufig ein öffentliches Interesse als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: 79, 32; 89, 67 f.; 90, 221 (Zwangssatisfizierung); 83, 241; 98, 115 f.; im RVBl. 1936, S. 1032 f. (§ 57 ZG.). — Als Ermessensbegriff behandeln das öffentliche Interesse: preuß. OLG. 75, 93 f.; sächs. OVG. Jahrb. 38, 112.
Entscheidend ist wohl folgender Gesichtspunkt: um eine Rechtsfrage handelt es sich, wenn der Begriff des öffentlichen Interesses nur negativ besagen will, daß private Interessen nicht vorhanden oder nicht ausschlaggebend sein dürfen; um eine Ermessensfrage, wenn die öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen sind, insbesondere wenn zu entscheiden ist, ob hinreichende öffentliche Interessen gegeben sind.

[58] Darüber s. unten B.

dort, wo es nur einen beschränkten Ermessensspielraum gewähren will, ganz unbefangen und ohne Vorbehalt von einem freien Ermessen und auch die weitgehende Ermessenskontrolle des Gerichts macht es häufig schwer, seine wahre Stellungnahme zu erkennen. Das preußische Oberverwaltungsgericht verwendet den Ausdruck „freies Ermessen" hingegen zumeist nur dann, wenn es den unbestimmten Begriff auch wirklich als Ermessensbegriff anerkennt. — Das preußische Oberverwaltungsgericht behandelt als Ermessensfragen: Das Erfordernis eines dienstlichen Interesses[59], die Frage, ob Bedenken volkswirtschaftlicher Art oder persönliche oder sonstige Bedenken[60] gegeben sind, ob die sofortige Ausführung einer Polizeiverfügung durch überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls gefordert wird[61], in der Regel auch die Frage, ob eine Maßnahme unausführbar, tunlich oder geboten erscheint[62]. § 14 PVG. überläßt die Entscheidung darüber, welche Maßnahme zur Abwehr einer polizeilichen Gefahr erforderlich ist, ausdrücklich dem Ermessen der Behörde. Die Polizei kann aber trotzdem nichts tatsächlich oder rechtlich Unmögliches fordern oder ein ungeeignetes Mittel verlangen[63]: Denn hier kann von einer „Maßnahme" gegen die Gefahr nicht mehr gesprochen werden. Das gleiche gilt, wenn die Auswirkungen der polizeilichen Verfügung schädlicher sein würden als die von dem zu beseitigenden Zustand drohende Gefahr[64]. Die Frage, ob dringende Gründe für eine Zuständigkeitsverschiebung vorliegen, ist nach freiem Ermessen zu entscheiden, da sie „der Natur der Sache nach nur unter den durch die Rücksicht auf das Staatswohl gegebenen Gesichtspunkten beantwortet werden" kann[65]. Das gleiche soll gelten für die Frage, ob die Zuständigkeitsübertragung zeitweilig und nicht für die Dauer erfolgt ist; in Wirklichkeit erkennt das Gericht hier aber wohl nur die Gewährung eines beschränkten Ermessensspielraums an, wenn es die Verlängerung eines bereits zwei Jahre lang bestehenden Zustandes nicht mehr als zeitweilige Maßnahme betrachtet[66]. — In der Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts macht sich weitergehend als beim preußischen Oberverwaltungsgericht das Bestreben bemerkbar, unbestimmte Begriffe nach Möglichkeit als Rechtsbegriffe zu behandeln, wobei dann dem Ermessen der Behörden ein mehr oder minder großer Spielraum überlassen wird. Ob ein besonderer Fall für die Zulassung einer Ausnahme von einer Bauvorschrift gegeben ist, wird in Jahrb. 27, 98 ff. als Ermessensfrage angesprochen; wie der weitere Inhalt der Entscheidung jedoch ergibt, ist das Gericht durchaus geneigt, das Vorliegen eines besonderen Falles u. U. selbständig zu verneinen. Die Frage nach der Notwendigkeit laufender Unterhaltungsarbeiten ist nur in der

[59] Entsch. 79, 432; 85, 161.
[60] Entsch. 76, 429.
[61] im RWBl. 1936, S. 1120 f.
[62] Entsch. 77, 417, 373 f.; 90, 291.
[63] preuß. OVG. 98, 223.
[64] preuß. OVG. 90, 273, 295. Vgl. auch Drews, S. 63.
[65] preuß. OVG. im Verw.-Arch. Bd. 32, S. 110.
[66] a.a.O. S. 110, 112; vgl. auch die Anmerkung von Grau.

Regel eine Ermessensfrage[67]. Das Gericht prüft, ob der Widerruf einer Baugenehmigung durch überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt ist[68], ob ein Bau wichtige öffentliche Belange verletzt oder gefährdet[69] und ob umgekehrt die Bewilligung einer Ausnahme von einer Bauvorschrift durch derartige Belange gefordert wird[70], ob ein wichtiger Grund für die Kündigung eines Fleischbeschauers vorliegt[71], ob eine Anlage das Gemeinwohl oder ein Jagdpachtvertrag das öffentliche Wohl verletzt[72], ob ein Weg für den öffentlichen Verkehr entbehrlich[73], ob eine übermäßige Belastung des gewerblichen Mittelstandes gegeben ist[74], ob ein örtliches Bedürfnis für die Erteilung von Privatunterricht besteht[75] usw. Bei der Enteignung sieht das Gericht die Frage, ob ein dem öffentlichen Nutzen gewidmetes Unternehmen bezweckt ist, als Ermessensfrage an (mit sehr weitgehender Ermessenskontrolle), dagegen als Rechtsbegriff, ob eine Enteignung in diesem Umfang notwendig war[76]. Das Oberverwaltungsgericht prüft schließlich sogar, ob ein Reisepaß in den Händen seines Inhabers die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange des Reiches oder eines deutschen Landes gefährdet[77].

Die Gerichte sind heute nicht mehr befugt, über Fragen der politischen Führung zu entscheiden. Staatspolitische Maßnahmen sind deshalb der richterlichen Kontrolle auch ohne ausdrückliche Vorschrift entzogen. Da nun freies Ermessen nur dort vorliegen kann, wo die Gerichte an sich zur Nachprüfung einer Anordnung zuständig sind, kann bei staatspolitischen Maßnahmen schon begrifflich nicht von Ermessensfragen gesprochen werden. Etwas anderes hat nur dort zu gelten, wo ein staatspolitischer Akt ausdrücklich der gerichtlichen Kontrolle unterstellt ist, denn hier ergibt sich wieder die Notwendigkeit, zwischen Rechts- und unüberprüfbaren Ermessensfragen zu unterscheiden. Einige höchste Gerichte haben sich allerdings zunächst für befugt gehalten, staatspolitische Maßnahmen auf ihre Rechtmäßigkeit nachzuprüfen. So prüfte anfangs auch das preußische Oberverwaltungsgericht Maßnahmen, die auf Grund der VO. des Reichspräsidenten vom 28. Februar 1933 ergangen waren, daraufhin, ob sie der Abwehr kommunistischer staatsge-

---

[67] Jahrb. 27, 89.
[68] Jahrb. 31, 67.
[69] Jahrb. 40, 12.
[70] im RWBl. 1937, S. 303, 306.
[71] Jahrb. 39, 57, 95 ff.
[72] Jahrb. 34, 34; 38, 272, bzw. 37, 186.
[73] Jahrb. 30, 222.
[74] Jahrb. 27, 45.
[75] Jahrb. 36, 74. Zu dem Begriff „Bedürfnis" im allgemeinen vgl. Bühler, Die subj. öfftl. Rechte, S. 30 ff.; Buchmann, S. 106: Schüle, Verwaltungsermessen, S. 345; Laforet, S. 264, N. 4. Nach unserer Ansicht handelt es sich hier um einen Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung dem Ermessen der Behörde ein nach den Erfordernissen der Verwaltungspraxis zu bemessender Spielraum zu gewähren ist.
[76] Jahrb. 31, 32.
[77] Jahrb. 40, 23.

fährdender Gewaltakte dienten; ob diese Voraussetzung gegeben war, stand nach Ansicht des Gerichts nicht im freien Ermessen der Polizei, wenn ihr auch ein sehr weiter Ermessensspielraum eingeräumt wurde[78]. Heute sind Verfügungen in Angelegenheiten der Geheimen Staatspolizei durch § 7 des preuß. Ges. vom 10. Februar 1936 von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen. Soweit es sich jedoch um Verfügungen der ordentlichen Polizeibehörden handelt, prüft das Oberverwaltungsgericht auch heute noch, ob einer Anordnung ernsthafte Erwägungen staatspolitischer Natur zugrundeliegen und ob diese in der Verfügung oder sonst erkennbar Ausdruck gefunden haben[79]: Die Frage, *ob* eine Maßnahme als eine staatspolitische Verfügung anzusehen ist, ist daher keine Ermessensentscheidung. — Die frühere Rechtsprechung erkannte den staatspolitischen Akten keine Ausnahmestellung zu. Derartige Maßnahmen waren aber meist schon deshalb Ermessensakte und damit zugleich der richterlichen Kontrolle entzogen, weil das Vorliegen unbestimmter Tatbestandsmerkmale regelmäßig nur im Hinblick auf das allgemeine staatliche Interesse beantwortet werden konnte: so der Begriff der öffentlichen *Sicherheit und Ordnung* in Art. 48 Abs. 2 WRV. und den Landesverfassungen[80], der *wichtigen Gesellschaftsinteressen* und *Grundsatzgesetzgebung* in Art. 11 WRV. usw.[81]. Nur der Staatsgerichtshof, der sich als Hüter der Verfassung betrachtete, sprach sich die Befugnis zu, auch solche Akte auf ihre Verfassungsmäßigkeit nachzuprüfen[82].

Die Verweisung der Behörde auf die allgemeinen Zwecke des Gemeinschaftslebens ist aber nur eine, wenn auch die wichtigste Erscheinungsform des freien Ermessens[83]. Es gibt Begriffe, die zwar auf einen festumrissenen Zweck hindeuten, aber so unbestimmt sind, daß sie für eine Rechtskontrolle keinerlei oder kaum Anhaltspunkte zu geben vermögen: so wenn die Festsetzung von Steuern unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit der Betriebe erfolgen (§ 8 Fin. Ausgl. G.)[84] oder wenn sicher-

---

78 Entsch. 94, 138 f.; 95, 134.

79 preuß. OVG. 97, 105 f.; in Deutsche Verwaltung 1937, S. 126 f. In der Entsch. Bd. 98, S. 83 z. B. erklärt das OVG., daß durch den Besitz unzüchtiger Bilder eine Gefährdung der Staatssicherheit nicht herbeigeführt werde. Vgl. auch die Übersicht von Scholz im Verw.-Arch. Bd. 41, S. 416 ff.

80 preuß. OVG. 89, 96 ff.; sächs. OVG. Jahrb. 36, 107 f.; 37, 40; RFH. 27, 321; 29, 235.

81 RFH. 29, 327 f. Das preuß. OVG. hielt jedoch hier eine Nachprüfung für zulässig (89, 100), desgleichen bei der Frage, ob eine Verordnung von allgemeiner politischer Bedeutung ist (87, 324). Diese weitherzige Kontrolle von politischen Maßnahmen ist wohl auch der tiefere Grund dafür, daß das OVG. nach der Machtübernahme seine Unzuständigkeit gegenüber staatspolitischen Akten nur sehr zögernd anerkannt hat. In Entsch. 94, 136 und 96, 80 wird noch ganz allgemein die Ansicht zurückgewiesen, daß aus der politischen Natur einer Verfügung Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage herzuleiten seien!

82 in RGZ. Bd. 112, Anh. 8.

83 Das verkennt Buchmann, S. 100 f., der darum auch teilweise zu Ergebnissen gelangt, die von den folgenden Darlegungen abweichen.

84 preuß. OVG. 79, 53 ff. Zu der abweichenden Stellungnahme des Hamburger OVG. vgl. Markuel im RVBl. 1929, S. 314 f.

gestellt werden soll, daß die Neueinführung von Steuern durch entsprechende Steuersenkungen auf anderen Gebieten ausgeglichen wird (§ 15 Fin.Ausgl.Ges.)[85]. — Ferner gibt es Begriffe, deren Vorliegen nur durch Würdigung so vieler Tatsachen festgestellt werden kann, daß eine solche Prüfung nichts mehr mit einer Rechtskontrolle zu tun haben würde, sondern als praktische Verwaltungstätigkeit erscheinen müßte: Das gilt z. B. für die Vorschrift, daß die Bezüge der Kommunalbeamten den für die Festsetzung der Bezüge der unmittelbaren Staatsbeamten maßgebenden Gesichtspunkten unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse zu entsprechen haben[86], die Frage, ob Unternehmungen ausschließlich oder in besonders hervorragendem oder geringem Maße einzelnen Kreisen zugute kommen[87], welcher Maßstab zur Verteilung der Gewerbesteuer nach Lage der örtlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der in den einzelnen Gemeinden durch das Vorhandensein der Betriebsstätte erwachsenen Gemeindelasten tauglich ist[88] usw. Es handelt sich hier um der Verwaltungsgerichtsbarkeit wesensfremde Aufgaben, „wo Verhältnisse, Zusammenhänge und Wechselwirkungen berücksichtigt werden wollen, die nur der mitten in ihnen lebende Verwaltungsbeamte richtig beurteilen und zuverlässig kennen kann"[89]. Das sächsische Oberverwaltungsgericht hält auch solche Fragen nur „im wesentlichen" für Ermessensfragen und erkennt damit nur einen beschränkten Ermessensspielraum an; es prüft daher, ob die Behörde die ihrem Ermessen gezogene Grenze eingehalten hat[90]. — Der Wille des Gesetzgebers, freies Ermessen einzuräumen, kann natürlich im Wege der Auslegung auch aus anderen Umständen gefolgert werden[91]; auf die hier sich ergebenden Möglichkeiten soll jedoch nicht eingegangen werden, da sie über den Rahmen grundsätzlicher Erörterungen bereits hinausgehen würden.

Die obigen Kriterien für die Unterscheidung zwischen Rechts- und Ermessensbegriffen bieten zwar Anhaltspunkte für die Erforschung des Willens des Gesetzgebers; die Entscheidung wird aber im einzelnen Fall häufig sehr zweifelhaft sein. Da nun regelmäßig nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber dort, wo er die Voraussetzungen einer Maßnahme ausdrücklich regelt, das Prüfungsrecht der Gerichte endgültig ausschließen will, spricht die Vermutung dafür, daß im Einzelfall ein unbestimmter Gesetzesbegriff nicht als Ermessensbegriff, vor dem jede Rechtskontrolle Halt zu machen hat[92], sondern als Rechtsbegriff anzusehen ist. Das gilt umso mehr, als auch bei der Anwendung von Rechtsbegriffen der Be-

[85] preuß. OVG. 83, 106 ff.; RFH. 35, 208. Abweichend auch hier das Hamburger OVG. Für das sächsische OVG. ist bezeichnend, daß es hier kein freies Ermessen anerkennt, sondern eine bindende Vorschrift annimmt, auf die aber der einzelne sich nicht soll berufen können (Jahrb. 33, 116 ff.).

[86] preuß. OVG. 80, 58.

[87] preuß. OVG. 94, 24 f.

[88] preuß. OVG. 85, 79 f.

[89] Knauth im RVBl. 1933, S. 886.

[90] Jahrb. 27, 89; 30, 222 f., 313.

[91] vgl. z. B. preuß. OVG. 75, 278 ff.; 91, 223 f.

[92] Die Frage, ob eine Ermessenskontrolle (unten B) zulässig ist, wird hier noch außer Betracht gelassen.

hörde ein sehr weitgehender Ermessensspielraum gewährt werden kann, wenn dies den Umständen nach erforderlich erscheint. Für die Bestimmung der Grenzen dieses Ermessensspielraums ist zu beachten, daß im heutigen Staat den Verwaltungsbehörden allgemein in größerem Maße als bisher freies Ermessen eingeräumt ist. Während deshalb früher die Gerichte bestrebt waren, ihre Kontrolle im Interesse der einzelnen möglichst weit auszudehnen[93], wird heute im Zweifel eher viel als wenig Ermessen zu gewähren sein[94].

Der Überblick über die Rechtsprechung hat ergeben, daß nur das preußische Oberverwaltungsgericht echte Ermessensbegriffe anerkennt, während das sächsische — außer bei staatspolitischen Maßnahmen — den Verwaltungsbehörden grundsätzlich nur einen beschränkten Ermessensspielraum einräumt. Zu letzterem Ergebnis mußte man im liberalen Verwaltungsrecht dann gelangen, wenn man die Lehre W. Jellineks über das Wesen des freien Ermessens als zutreffend anerkannte. Jellinek sah als Ermessensbegriffe solche unbestimmten Begriffe an, die nach dem Willen des Gesetzes dem Ermessen der Behörde einen gewissen nach den durchschnittlichen Anschauungen der Gesellschaft zu bestimmenden Spielraum lassen sollten[95]: er kannte also nur völlige Eindeutigkeit des Begriffes oder ein mehr oder weniger gebundenes Ermessen (im früheren Sinne), während er das freie Ermessen als selbständige Erscheinungsform ganz ausgeschaltet hatte. Jellinek glaubte auch an Hand der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte feststellen zu können, daß die Rechtsprechung fast ausschließlich nach den von ihm gefundenen Grundsätzen vorging. Diese Annahme beruhte jedoch auf einer Selbsttäuschung. Jellinek vermeinte nämlich eine folgerichtige Durchführung seines Standpunktes auch dort erblicken zu können, wo die Rechtsprechung in Wirklichkeit zwischen der Behandlung von unbestimmten Begriffen als Rechts- oder Ermessensbegriffen grundsatzlos hin- und herschwankte: wurde derselbe Begriff einmal als Ermessens-, das andere Mal als Rechtsbegriff bezeichnet, so hatte nach seiner Ansicht die Behörde sich entweder in den Grenzen der gesellschaftlichen Anschauungen gehalten oder aber diesen Spielraum überschritten[96]; da ferner die Lage der Grenzen des Ermessensspielraums meistens sehr zweifelhaft ist, konnte Jellinek jede Entscheidung der Verwaltungsgerichte zur Stütze seiner Meinung verwerten. Die Jellinekſche Lehre ermöglichte es den Verwaltungsgerichten, jeden ihnen mißfallenden Ermessensakt aufzuheben, weil nach den Anschauungen der Gesellschaft angeblich nicht mehr von einem Vorliegen der Merkmale eines Ermessensbegriffs gesprochen werden könne. Damit wurde aber schon früher die Initiative der Verwaltungsbehörden über Gebühr eingeschränkt. — Die Jellinekſche Lehre ist im neuen Staat auch in

---

[93] Sie erstreckten dabei jedoch ihre Kontrolle häufig allzu weit; vgl. W. Jellinek, Der Schutz des öffentl. Rechts, S. 64 f. und Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat, S. 28 f.

[94] so mit Recht Schüle, Verwaltungsermessen, S. 343.

[95] W. Jellinek, Gesetz usw., S. 37 f., VR. S. 32. Ebenso Plappert, S. 73 und ähnlich auch Tezner, Das freie Ermessen, S. 17 ff.

[96] vgl. etwa seine Ausführungen zu dem „Ermessensbegriff" Bedürfnis in Gesetz usw. S. 132 f. N. 71.

abgewandelter Form nicht mehr verwertbar. Wollte man heute Ermessensfreiheit nur noch dort anerkennen, wo die einheitliche nationalsozialistische Weltanschauung verschiedene Entscheidungen zuläßt, so wäre freies Ermessen nur noch in sehr geringem Umfange gegeben. Heute kommt es vielmehr allein darauf an, ob nach dem Willen der politischen Führung eine Maßnahme unbeschadet der Bindung der Behörde an das Recht der gerichtlichen Kontrolle entzogen sein soll. Ist dies der Fall, so hat das Gericht sich insoweit jeder Prüfung zu enthalten[97], während es sich anderenfalls darüber schlüssig werden muß, ob nicht den Erfahrungen der Verwaltungspraxis trotz grundsätzlicher Überprüfbarkeit der Entscheidung ein beschränkter Ermessensspielraum zu gewähren ist.

B. Die Kontrolle des Ermessens durch die Verwaltungsgerichte.

I. Das Problem der Ermessensgrenzen im Allgemeinen.

Freies Ermessen bedeutet die Unzulässigkeit richterlicher Kontrolle. In Literatur und Rechtsprechung hat sich aber trotzdem überwiegend die Auffassung durchgesetzt, daß auch Ermessensentscheidungen der gerichtlichen Nachprüfung insoweit unterliegen, als das behördliche Vorgehen mit besonders schwerwiegenden Mängeln behaftet ist[98]. Man hat daher unter den verschiedensten Gesichtspunkten Schranken für das freie Ermessen aufgestellt, deren Einhaltung der richterlichen Kontrolle unterliegen und die entweder den Ermessensspielraum äußerlich begrenzen oder aber sich mit der Art der Ausübung des Ermessens befassen sollten. Die Nachprüfung der Einhaltung dieser Grenzen — Ermessensmängel — durch die Gerichte wird im folgenden als Ermessenskontrolle bezeichnet.

1. Ein Ermessensspielraum besteht materiell nur im Rahmen der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen. Gegenstand der Rechtskontrolle durch die Verwaltungsgerichte ist an sich die Prüfung, ob die Behörden das bestehende Recht, soweit es sich nicht um Ermessensfragen handelt, richtig angewendet haben. Danach wären die äußeren Grenzen des Ermessensspielraums bereits dann überschritten, wenn die von der Behörde angestellten Erwägungen den Erlaß des Verwaltungsaktes nicht zu rechtfertigen vermögen[99]. Aus der Fassung der einschlägigen Bestimmungen und der das Verwaltungsstreitverfahren beherrschenden Untersuchungs-

[97] unbeschadet der etwaigen Zulässigkeit einer Ermessenskontrolle (unten B).

[98] Diese Auffassung war aber keineswegs allgemein herrschend, vgl. unten IV.

[99] Bei allgemeinen Anordnungen (Verordnungen, Statuten usw.), die der angefochtenen Verfügung zugrundeliegen, hat das Gericht hingegen schon grundsätzlich nicht das Verhalten der erlassenden Behörde nachzuprüfen, sondern nur festzustellen, ob der Akt äußerlich den Gesetzen entspricht, ob er also inhaltlich durch ein Gesetz gedeckt wird und nicht gegen zwingende Verfahrensvorschriften verstößt. Anders W. Jellinek, Gesetz usw., S. 211 ff. und teilweise die Rechtsprechung (vgl. preuß. OVG. 86, 403 f.; man beachte aber auch die im Verw.-Arch. Bd. 32, S. 252 ff. wiedergegebene Entscheidung und die Anmerkung Koellreutters, S. 265 ff.).

maxime folgert man aber allgemein die Heilbarkeit einer Verfügung durch neue tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte (Konversion): „Findet der Richter die Verfügung nur aus einem dem geltenden Rechte und den tatsächlichen Voraussetzungen entsprechenden Grunde für gerechtfertigt, so ist die Klage abzuweisen“[100]. Die Aufgabe der Verwaltungsorgane besteht darin, auf ihrem jeweiligen Tätigkeitsgebiet das Recht zu verwirklichen. Bei der Verfolgung dieses Zieles ist der Wille der Behörden regelmäßig hauptsächlich darauf gerichtet, einen bestimmten für erstrebenswert angesehenen tatsächlichen Erfolg zu erreichen; minder wichtig ist für sie die Frage, unter welchen juristischen Gesichtspunkten ihr Vorgehen gerechtfertigt werden kann. Das Gericht würde daher durch Aufhebung einer Maßnahme, bei deren Erlaß die Behörde sich von unzutreffenden rechtlichen Erwägungen hatte leiten lassen, die sich aber aus anderen Gründen aufrechterhalten ließe, die Verwaltung in ihrer Tätigkeit behindern. Das trifft aber dann nicht zu, wenn die Behörde zu Unrecht angenommen oder verkannt hat, daß das Gesetz ihrem Ermessen Spielraum läßt[101 102]: Denn in einem solchen Falle wird sie häufig unter dem Zwang einer falsch verstandenen gesetzlichen Vorschrift dem Recht und den Erfordernissen einer guten Verwaltung zuwidergehandelt haben. Der Akt kann deshalb nicht als rechtmäßig angesprochen werden mit der Begründung, die Maßnahme habe jedenfalls nach freiem Ermessen getroffen werden können; das mindeste, was verlangt werden muß, ist die Erklärung der Behörde, daß sie den Ermessensakt auch unter diesem neuen Gesichtspunkte aufrechterhalte[103]. In der Literatur wird dieser Fehler

---

100 von Brauchitsch, Bd. 1, LVG. § 128, Erl. 10 b, Abs. 3; Apelt; VRPG. § 76, Erl. 2.

101 Peters S. 486 will hier von einem „Ermessensmangel“ sprechen. Diese Bezeichnung ist aber nicht zu empfehlen, schon deshalb nicht, weil sie leicht zu einer Verwechselung mit den „Ermessensmängeln“, die sämtliche Verstöße gegen die Grundsätze der Ermessenskontrolle umfassen, Anlaß geben kann.

102 Für die Güte der Verwaltung und die Handhabung ganzer Gesetze ist häufig die Kenntnis der Behörden von dem Umfang des ihnen eingeräumten Ermessens von ausschlaggebender Bedeutung; vgl. dazu Hofacker, S. 212 ff., insbesondere S. 216.

In der Praxis spielt der Irrtum der Behörden über den Bereich des ihnen zustehenden Ermessens eine erhebliche Rolle. Er tritt in verschiedenen Spielarten auf: Die Behörde läßt z. B. eine ermessengewährende Norm ganz unbeachtet (preuß. OVG. 77, 448); sie nimmt irrtümlich an, das Gesetz schreibe bei Vorliegen der Voraussetzungen eine bestimmte Entscheidung zwingend vor (preuß. OVG. 76, 430; sächs. OVG. im RVBl. 1937 S. 306 Nr. 1; RFH. 29, 134 f.); sie glaubt, ihr Ermessen sei durch andere Vorschriften ausgeschlossen oder beschränkt (sächs. OVG. Jahrb. 27, 159; 30, 34, 179; 34, 145; 35, 100 f., 276 f.) oder sie verneint irrtümlich das Vorliegen der für die Ausübung ihres Ermessens aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen (sächs. OVG. Jahrb. 29, 248. Vgl. hierzu auch unten II 1 b = Rechtsirrtum); endlich ist auch denkbar, daß die Behörde einen größeren Ermessensspielraum zu haben glaubt als ihr in Wirklichkeit zusteht und trotzdem zu einer im Ergebnis äußerlich nicht zu beanstandenden Entscheidung gelangt, vgl. W. Jellinek, Gesetz usw. S. 339 f. — Nur um einen Ermessensfehler kann es sich jedoch handeln, wenn die Behörde sich über die Tragweite einer Dienstvorschrift geirrt hat.

103 W. Jellinek VR. S. 264 f. verlangt für jede Konversion ein nachträgliches Vorbringen der Behörde.

häufig den übrigen sogenannten Ermessensfehlern zugerechnet. Dabei wird jedoch seine Sondernatur übersehen[104]: Denn ein Irrtum über die gesetzlichen Grenzen des freien Ermessens ist nicht ein Fehler bei der Handhabung des Ermessens, sondern eine unrichtige Handhabung der gesetzlichen Ermächtigung; das behördliche Vorgehen unterliegt daher insoweit ohne weiteres der richterlichen Kontrolle. Aus den gleichen Gründen wird daher eine Heilbarkeit auch durch nachträgliches Vorbringen abzulehnen sein, wenn die Behörde eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, daß sie nur auf Grund ganz bestimmter Tatsachen von ihrem Ermessen Gebrauch machen wollte; sind diese Tatsachen nicht gegeben, so kann nicht geprüft werden, ob sich etwa aus anderen Tatsachen die gesetzlichen Voraussetzungen der Maßnahme ergeben könnten[105].

Die Rechtsprechung hat auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift den Ermessensspielraum durch allgemeine Rechtsgrundsätze eingeengt, die sie aus dem einzelnen Rechtsinstitut oder aus der Natur der Sache entwickelte und deren Einhaltung sie ihrer Kontrolle unterstellte. Einen Verstoß gegen diese angeblichen äußeren Schranken des freien Ermessens bezeichnen wir als Ermessensüberschreitung (vgl. unten III).

2. Auch wenn ein Ermessensakt sich im Rahmen des der Behörde sachlich zustehenden Ermessensspielraums hält, so kann er doch wegen der Art seines Zustandekommens (z. B. wegen eines Verstoßes gegen gesetzliche Verfahrensvorschriften) in einer der richterlichen Kontrolle unterliegenden Weise rechtswidrig sein. Rechtsprechung und Literatur haben auch hier ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in weitem Umfang allgemeine Rechtsgrundsätze für die Handhabung des freien Ermessens aufgestellt. Einen Verstoß gegen diese Ermessensschranken bezeichnen wir als Ermessensfehler[106]. Hierauf soll zunächst eingegangen werden.

II. Die Ermessensfehler.

Die Ermessensfehler bestehen entweder in der Fehlerhaftigkeit der von der Behörde angestellten Erwägungen oder darin, daß gegen sonstige

---

[104] So verwendet W. Jellinek VR. S. 37 Anm. 1 diesen „Ermessensfehler" als Beleg dafür, daß das thüringische OVG. entgegen den Ausführungen Buchmanns doch Ermessenskontrolle ausübe. — Richtig hingegen Koellreutter, Verwaltungsrecht S. 79. Mit Recht erkennen Bühler, die subj. öfftl. Rechte S. 170 f. N. 270 und S. 410 f. N, 211, und Hofacker, S. 212 diesen Fehler trotz Verwerfung der Ermessenskontrolle an. Vgl. auch neuerdings RFH. 37, 316; 38, 99 und die Ausführungen hierzu im 3. Teil unter B.

[105] preuß. OVG. 93, 80 ff. und im RVBl. 1936 S. 773: eine einheitliche Zwangsgeldfestsetzung wegen mehrerer Verstöße gegen eine Polizeiverordnung ist aufzuheben, wenn einer dieser Verstöße zu Unrecht angenommen worden ist. Vgl. auch W. Jellinek, VR. S. 321 ff.

[106] Im Anschluß an W. Jellinek, Gesetz usw. S. 331 ff. Es vergrößert nur die terminologische Verwirrung, die heute bei der Bezeichnung der einzelnen Ermessensmängel besteht, wenn Peters S. 489 den Begriff „Ermessensfehler" im Gegensatz zu diesem Sprachgebrauch „auf Fälle falsch geübten Ermessens ohne Rechtswidrigkeit" beschränken will.

für die Handhabung des Ermessens etwa geltende Grundsätze verstoßen wird[107].

1. Fehlerhafte Erwägungen[108].

a) Seit dem Erscheinen der Monographie Launs über „das freie Ermessen und seine Grenzen" steht im Mittelpunkt fast jeder Erörterung über die Ermessensfehler die Frage, ob ein Verwaltungsakt schon deshalb von den Gerichten aufgehoben werden kann, weil die Behörde mit ihm einen unsachlichen Zweck verfolgt oder sich von unsachlichen Gesichtspunkten hatte leiten lassen (=détournement de pouvoir). Die Lehre vom Détournement de pouvoir ging im liberalen Verwaltungsrecht davon aus, daß zwar im Bereich des freien Ermessens die eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen der Behörde zu entscheiden haben, daß aber die durch ein ermessengewährendes Gesetz eingeräumte Freiheit der Zweckwahl nicht unbegrenzt sei; in den meisten Fällen lasse das ermächtigende Gesetz auch ohne ausdrückliche Vorschrift eine Beschränkung auf gewisse spezielle Zwecke, die Richtung, welche die Ermessensentscheidung zu verfolgen habe, aus seinem ganzen Zusammenhang heraus erkennen; sei das nicht der Fall, so bleibe als oberster Leitsatz der Ermessensübung immer noch das öffentliche Interesse. Diese Zweckgrenze sollte nicht nur dann überschritten sein, wenn eine Maßnahme ihrem Inhalt nach gegen sie verstößt, sondern bereits dann, wenn die Behörde lediglich subjektiv einen unzulässigen Zweck verfolgt oder unzulässige Gesichtspunkte berücksichtigt hatte[109]. Dadurch habe sie die ihrem Ermessen gesetzte Grenze überschritten und der Akt als solcher werde rechtswidrig[110]. Gesetzliche Anerkennung hat diese Lehre nur in einem deutschen Gesetz, dem Bremischen Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 6. Januar 1924 gefunden, dessen § 9 bestimmte, die Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte könne nicht darauf gestützt werden, „daß von dem Ermessen ein unrichtiger Gebrauch gemacht sei, es sei denn, daß Ermessensmißbrauch vorliege". Im übrigen war die Stellungnahme zur Lehre vom détournement de pouvoir allein der Rechtsprechung überlassen. —

Laun hat neben der oben behandelten noch eine weitere subjektive Schranke des Ermessens aufgestellt, der er die Bezeichnung „Ermessens-

---

107 Bühler, die subj. öfftl. Rechte S. 170 führt die Ermessensfehler auf die Hauptarten „mangelnde Sorgfalt" und „mangelnde Sachlichkeit" zurück.
Man kann hier auch zwischen Ermessensmißbrauch und Ermessensfehlgebrauch unterscheiden. Ein Ermessensmißbrauch liegt vor, wenn die Behörde von ihrem Ermessen vorsätzlich einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat, ein Ermessensfehlgebrauch dann, wenn sie dabei in gutem Glauben gehandelt hat. Eine Systematik der Ermessensfehler muß aber, schon um Überschneidungen zu vermeiden, von objektiven Gesichtspunkten ausgehen.

108 Da der Mangel hier ausschließlich in den Erwägungen der Behörde liegt, wird eine Konversion oder Heilbarkeit durch nachträgliches Vorbringen nicht für möglich gehalten (preuß. OVG. 94, 213); erst dadurch gewinnen die hier zu behandelnden Ermessensfehler praktische Bedeutung.

109 Laun S. 117.

110 Laun S. 220 f.; Herrnritt S. 303 ff.; W. Jellinek, Gesetz usw. S. 344 ff. u. a.

mißbrauch" vorbehalten wollte: sie sollte darin bestehen, daß die Behörde nur so handeln durfte, wie es nach ihrer Überzeugung dem öffentlichen Interesse entsprach[111]. Diese Lehre, die Laun aus dem von ihm aufgestellten Begriff des freien Ermessens ableitete, hat schon früher keinen Anklang gefunden[112]. Heute, wo alles Handeln der Verwaltungsbehörden sich an den Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung auszurichten hat und daher für individuelle Anschauungen vom öffentlichen Interesse kein Raum mehr ist, hat diese Ansicht vollends jede Berechtigung verloren.

Die liberale Verwaltungsrechtslehre ist durch die Anerkennung der Lehre vom Détournement de pourvoir eigentlich ihrer eigenen Auffassung von dem Wesen des freien Ermessens untreu geworden. Wenn nämlich innerhalb des Ermessensspielraums die subjektive Überzeugung der Verwaltungsbehörde maßgebend sein sollte, so ist nicht recht einzusehen, wie plötzlich die Freiheit der Zweckwahl doch eine Einschränkung erfahren konnte, ohne daß eine entsprechende gesetzliche Regelung vorlag. Heute, wo auch in der Ermessenssphäre eine Bindung an das Recht anerkannt und das Wesen des freien Ermessens lediglich in dem Ausschluß einer gerichtlichen Kontrolle der behördlichen Entscheidung erblickt wird, sind diese Bedenken nicht mehr gerechtfertigt. Es fragt sich heute nur, ob die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme dadurch berührt wird, daß der Beamte subjektiv einen unsachlichen bzw. einen gegen die Grundsätze der nationalsozialistischen Weltanschauung verstoßenden Zweck verfolgt hat und ob in diesem Fall eine richterliche Kontrolle stattfinden darf.

Für die folgenden Untersuchungen ist es unerheblich, ob die Behörde eine Maßnahme im Bewußtsein der Unzulässigkeit des von ihr verfolgten Zweckes getroffen (= Ermessensmißbrauch) oder ob sie im guten Glauben gehandelt und die ihr gesetzte Zweckgrenze nur verkannt hat. Eine Überschreitung der Zweckgrenze liegt somit auch dann vor, wenn die Behörde irrtümlich von fehlerhaften rechtlichen Erwägungen ausgeht und es sich nicht um eine Verkennung der gesetzlichen Voraussetzungen der Maßnahme handelt (vgl. unten b).

Anhänger und Gegner der Lehre vom Detournement de pouvoir berufen sich gleicherweise auf die Rechtsprechung. Ganz besonders umstritten ist die Stellungnahme des preußischen Oberverwaltungsgerichts zu dieser Frage. In seinen Entscheidungen findet sich auch heute noch häufig der Satz, daß die Behörde nur aus bestimmten Erwägungen (insbesondere „objektiven polizeilichen Motiven") und nicht aus Willkür oder Schikane gehandelt haben darf[113]. Über die Tragweite dieser „Willkürformel"

---

[111] Laun S. 176 ff.

[112] W. Jellinek, Gesetz usw. S. 65 f.; Tezner, Jahrb. öff. R. V. S. 67 ff.; Buchmann, S. 111 f. Die Ausführungen Buchmanns über die Ermessenskontrolle (S. 108 ff.) leiden jedoch allgemein daran, daß der Ermessensmißbrauch im Sinne Launs, die subjektive und objektive Zweckwidrigkeit (d. h. fehlerhafte Erwägungen und Ermessensüberschreitung im Sinne dieser Abhandlung) und die Beweisfrage nicht genügend auseinandergehalten werden.

[113] z. B. Entsch. 79, 433; 80, 205; 83,340; 84, 255, 322, 327 f.; 88, 224; 90, 295, 335; 93, 86; 94, 213; im RVBl. 1936 S. 901, 902,

besteht nun größte Uneinigkeit. Rosin[114] schließt aus ihr, daß das Gericht auch äußerlich nicht zu beanstandende Akte aufheben werde, wenn die Behörde aus unzulässigen Gesichtspunkten eingeschritten sei. Schön[115] ist der Ansicht, das Gericht prüfe in diesen Fällen nur, ob objektive Momente den Erlaß der Verfügung gerechtfertigt erscheinen lassen; da bei einem Vorgehen auf Grund von § 10 II 17 ALR. solche Momente bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Verfügung immer gegeben seien, habe die Formel praktische Bedeutung nur bei den freien Erlaubnissen, also für diejenigen polizeilichen Erlaubniserteilungen, die an keine besonderen materiellen Voraussetzungen geknüpft sind. Nach dieser Meinung prüft das Gericht somit lediglich, ob eine Ermessensüberschreitung (unten III) vorliegt.

Daß in diesen Entscheidungen vom preußischen Oberverwaltungsgericht Ermessenskontrolle geübt worden ist, wird also nicht bestritten[116]. Nur darum geht der Streit, ob diese Kontrolle sich auch auf die Motive der Behörde oder lediglich auf den objektiven Inhalt der Maßnahmen erstreckt. Bei der Verwertung der Rechtsprechung des Gerichts ist zu beachten, daß die Formel von den objektiven polizeilichen Motiven usw. häufig nur als unverbindliche Redensart auftritt und daher keinen Aufschluß darüber gibt, ob sie subjektiv oder objektiv aufzufassen ist. Auch diejenigen Entscheidungen, in denen das Oberverwaltungsgericht nur ausspricht, daß die von der Behörde angegebenen Gründe sich auf dem Gebiet ihrer Ermessenszuständigkeit bewegen, sind nicht zu verwerten; denn das Gericht kann selbstverständlich auch die Angaben der Behörde als Grundlage für seine tatsächlichen Feststellungen benutzen. Dagegen wird Motivkontrolle geübt, wenn das Gericht selbst die Beweggründe der Behörde zu erforschen sucht: so verneint das OVG. in der Entscheidung Bd. 79 S. 269, daß Privatinteressen maßgebend waren, nachdem es daraufhin die Akten eingesehen hatte; in der Entscheidung Bd. 94 S. 213 schließt es aus einer Rundverfügung, daß die Aufsichtsbehörde einen zulässigen Zweck verfolgt hatte. In anderen Fällen spricht das Gericht beiläufig aus, daß die angefochtene Verfügung dann rechtswidrig sei, wenn die Behörde mit ihr einen bestimmten vom Kläger behaupteten Zweck verfolgt habe und ihr dies nachgewiesen werden könne[117]. In mehreren Entscheidungen stellt das OVG., nachdem es eine Maßnahme bereits aus anderen Gründen aufgehoben hatte, die Fehlerhaftigkeit der Beweggründe der Behörde positiv fest[118]. In all diesen Fällen hat das Gericht sich zu der Lehre vom détournement de pouvoir bekannt, ohne jedoch

1076. Die Frage, ob ein behördliches Vorgehen als willkürlich zu bezeichnen ist, muß heute natürlich nach nationalsozialistischen Gesichtspunkten beantwortet werden (preuß. OVG. 92, 217).

114 S. 289 N. 22. Ebenso Andersen S. 260 ff.; Laun, S. 223, 267.

115 Im Verw. Arch. Bd. 27 S. 139 ff. Ebenso Kaufmann im Verw. Arch. Bd. 37 S. 242; Friedrichs, PVG. Erl. 8, Ziff. 3 zu § 50; Scheuner im Verw. Arch. Bd. 33 S. 93. Der Standpunkt Scheunes wird jedoch erst recht verständlich, wenn man seine Grundsätze über die prozessuale Behandhandlung des freien Ermessens berücksichtigt, vgl. unten III.

116 Mit Ausnahme von Tezner im Verw. Arch. Bd. 9 S. 600 ff.

117 Entsch. 80, 415; 82, 430, 435 (!); 86, 396 f.; 93, 167; 97, 123 und im Verw. Arch. Bd. 32 S. 252.

darauf die Aufhebung einer Verfügung stützen zu brauchen. Nur in einer Entscheidung zieht es auch diese letzte Folgerung: in der Entscheidung Bd. 89 S. 384 wird eine Fluchtlinienfestsetzung für unwirksam erklärt, weil nicht die in § 1 des Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 vorgeschriebenen Gesichtspunkte für sie maßgebend waren, sondern Freiflächen zu Erholungszwecken geschaffen werden sollten. Es handelt sich hier aber um eine generelle behördliche Anordnung[119]; außerdem ist in der genannten gesetzlichen Bestimmung der mit der Fluchtlinienfestsetzung zu verfolgende Zweck ausdrücklich vorgeschrieben. Eine Einzelanordnung ist, soweit ersichtlich, bisher noch nicht wegen Berücksichtigung unsachlicher Gesichtspunkte aufgehoben worden[120]. Obgleich also das OVG. diesen Ungültigkeitsgrund anerkennt und ihn bei der Nachprüfung fast jeden Ermessensaktes erwähnt, hat er in seiner Rechtsprechung doch nur geringe praktische Bedeutung erlangt.

Auch das sächsische Oberverwaltungsgericht kennt diesen Ermessensfehler, ohne daß er sich aber in seiner Rechtsprechung wie beim preußischen Oberverwaltungsgericht zu einer feststehenden Formel verdichtet hätte[121]. Wenn das Gericht von „Unsachlichkeit" spricht[122], so denkt es unbestreitbar an die Beweggründe der Behörde, nicht an den Fall der Ermessensüberschreitung. In der in Jahrb. 24, 5 f. abgedruckten Entscheidung hebt es eine Verfügung, die sich gegebenenfalls als seuchenpolizeiliche Anordnung hätte halten lassen können, auf, weil mit ihr in der Hauptsache gesundheitspolizeiliche Zwecke verfolgt werden sollten. Außerdem geht das Gericht noch in den in Jahrb. 25, 98 f. und 27, 37 veröffentlichten Entscheidungen positiv auf die Erwägungen der Behörde ein.

Die Gerichte sind also im allgemeinen mit der Anerkennung der Lehre vom détournement de pouvoir schnell bei der Hand. In der Regel handelt es sich dabei aber bloß um eine Redensart. Aber auch im übrigen

---

[118] Entsch. 82, 359; 86, 396 und im Verw. Arch. Bd. 32 S. 109 ff.

[119] Im Gegensatz zu dieser Entscheidung geht das OVG. in dem im Verw. Arch. Bd. 320 S. 252 ff. abgedruckten Urteil bei Prüfung der Rechtsgültigkeit einer Polizeiverordnung auf die Frage der Unsachlichkeit nicht ein, obgleich unpolizeiliche Motive klar zutage lagen; vgl. dazu die Anmerkungen von Koellreutter S. 265 ff.

[120] In der Entscheidung Bd. 84, S. 426 hält das Gericht sogar einen Akt aufrecht, obgleich es festgestellt hatte, daß ein unzulässiger Gesichtspunkt berücksichtigt worden war.

Demgegenüber erklärt das OVG. in der Entscheidung Bd. 85, 426 ein auf Grund des § 12 des Fluchtliniengesetzes ergangenes Bauverbot für unzulässig, weil es bezweckte, Bauten nicht lediglich bis zur Herstellung der Straße, sondern auf die Dauer und ohne die Absicht der Straßenherstellung zu verhindern. Dies Urteil kann aber kaum als Beleg für die Lehre vom détournement de pouvoir gelten. Nach der genannten Vorschrift sind Bauverbote „an noch nicht fertigen Straßen" zulässig. Das Gericht führt nun aus, von einer solchen könne nur dann die Rede sein, wenn wirklich eine Straße hergestellt werden solle, der Ausbau einer Straße also beabsichtigt sei. Hier ist also in einem objektiven Tatbestandsmerkmal zugleich notwendig ein subjektives Element enthalten!

[121] vgl. dazu Zinser im Verw. Arch. Bd. 39 S. 66 ff.

[122] etwa Jahrb. 25, 98 f.; 26, 252; 27, 37; 31, 87; 35, 46, 283; 36, 220 f.; 367 40, 27 u. a.

haben sie ihr wenig praktische Bedeutung abgewinnen können, da beim Vorliegen unsachlicher Beweggründe eine Maßnahme zumeist schon aus anderen Gesichtspunkten rechtswidrig ist. Hinzu kommt, daß die Gerichte nach Möglichkeit zu vermeiden suchen, praktische Folgerungen aus ihrem Standpunkt zu ziehen[123].

b) Neben der Unsachlichkeit wird der Rechtsirrtum als Hauptfall fehlerhafter Ermessenshandhabung bezeichnet[124]. Der Rechtsirrtum stellt aber keinen selbständigen Ermessensfehler dar. Hat nämlich die Behörde sich über die Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens geirrt, weil sie etwa die Bedeutung eines Rechtsbegriffs verkannte[125] oder zu Unrecht in ihrem Ermessen beschränkt zu sein glaubte, so liegt eine gewöhnliche der richterlichen Nachprüfung unterliegende Rechtswidrigkeit vor (vgl. oben I 1). Hat die Behörde jedoch innerhalb des ihr gewährten Ermessensspielraums rechtsirrtümliche Erwägungen angestellt, so hat sie damit zugleich einen unrichtigen Gesichtspunkt berücksichtigt und vielleicht aus einem unzulässigen unsachlichen Beweggrund gehandelt.

c) Die Behörden können ferner bei Ausübung ihres Ermessens von tatsächlichen Verhältnissen ausgegangen sein, die in Wirklichkeit nicht gegeben waren. Hierhin gehört der Fall, daß die Behörde sich durch einen falsch verstandenen Dienstbefehl für gebunden erachtet hat.

In der Rechtsprechung spielt dieser Fehler eine recht untergeordnete Rolle. Das preußische Oberverwaltungsgericht spricht in der Entscheidung Bd. 84 S. 248 beiläufig aus, daß die für die Polizei maßgeblichen Tatsachen auch wirklich vorgelegen haben müssen. In der Entscheidung Bd. 83 S. 263 hebt es eine Maßnahme auf, aber nicht wegen des der Behörde unterlaufenen Irrtums — sie hatte angenommen, der Antragsteller habe einen bereits abgelehnten Antrag ohne Vorbringen neuer Tatsachen nur wiederholt — sondern weil aus diesem Grunde die vom Antragsteller geltend gemachten neuen Umstände nicht geprüft worden waren. — Ebensowenig bietet die Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts. Nach der bei ihm immer wiederkehrenden Formel, daß bei Ermessensentscheidungen zu prüfen sei, ob die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens „nicht von falschen tatsächlichen Voraus-

---

123 Zu diesem Ermessensfehler vgl. ferner die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs. Die Sellungtnahme dieses Gerichtes ist recht uneinheitlich. In mehreren Entscheidungen lehnt es eine Nachprüfung der Motive ab (RGZ. 134, Anh. 25; 135, Anh. 28 f.); in anderen geht es auf eine sachliche Prüfung ein oder erkennt den Ungültigkeitsgrund in beiläufigen Bemerkungen an (RGZ. 102, 424 f.; 107 Anh. 5; 112 Anh. 11; 137, Anh. 53, 60); in zwei Fällen (RGZ. 121, Anh. 25 f.; 139, Anh. 16) hat er unsachliche Motive positiv festgestellt, ohne aber seine Entscheidung darauf gründen zu brauchen.

124 So Jellinek, VR. S. 37.

125 vgl. preuß. OVG. 86, 403 f. (Verkennung der Bedeutung des Begriffs „historische Straße") und W. Jellinek, VR. S. 37: Die Behörde bringt den Begriff „Bedürfnis" in § 33 GewO. mit den Bedürfnissen des Antragstellers in Verbindung. Da die Behörde sich hier über den gesetzlichen Umfang des ihr zustehenden Ermessens im Irrtum befunden hat, wird eine Konversion nicht zuzulassen sein.

setzungen oder rechtlich unzulässigen Erwägungen ausgegangen ist"[126], sollte man annehmen, daß der Tatsachenirrtum bei ihm eine große Rolle spielt. Das Gericht hat aber noch in keinem Fall eine Verfügung aus diesem Grunde aufgehoben oder sich auch nur des näheren mit diesem Ermessensfehler befaßt.

b) Solange also die Rechtsprechung über die Kontrolle der von der Behörde wirklich angestellten Erwägungen nicht hinausgeht, kommt sie nur selten in die Lage, ihre Rechtsgrundsätze praktisch anzuwenden. Die Gerichte haben sich aber teilweise mit den bisher behandelten Ermessensfehlern nicht begnügt, sondern darüber hinaus Grundsätze aufgestellt dafür, *welche Tatsachen die Behörden bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen und welche Erwägungen sie anzustellen haben.*

Das preußische Oberverwaltungsgericht ist in dieser Beziehung sehr zurückhaltend. Es verlangt grundsätzlich nur, daß die Verwaltungsbehörden eine Prüfung vorgenommen haben[127]. In wenigen Fällen fordert es weitergehend, daß bestimmte Erwägungen anzustellen seien, und zwar dann, wenn das Gesetz ausdrücklich auf sie hinweist[128]. Diese Entscheidungen lassen sich auch bei einer Verwerfung der Lehre von den Ermessensfehlern nicht beanstanden.

Dagegen hat das sächsische Oberverwaltungsgericht sich mit diesem Ermessensfehler eine Handhabe geschaffen, mit der es jeder Ermessensentscheidung beizukommen vermag. Es fordert zunächst, daß die Behörde sich ein genaues Bild von den tatsächlichen Verhältnissen zu verschaffen und insbesondere die geltend gemachten Gründe in Betracht zu ziehen habe[129]. Darüberhinaus stellt das Gericht rein aus der Natur der Sache Grundsätze auf, welche die Behörden bei ihrer Entschließung angeblich berücksichtigen müssen und deren Einhaltung es seiner Prüfung unterstellt. Wie weit das Gericht in dieser Beziehung geht, mag die in Jahrb. 29, 247 f. veröffentlichte Entscheidung verdeutlichen[130]. In der Hundesteuerordnung einer Gemeinde war bestimmt, daß bei Diensthunden die Steuer erlassen werden könne. Auf Grund dieser Vorschrift hatte der Gemeinderat einen Steuererlaß abgelehnt mit der Begründung, daß

---

[126] Jahrb. 24, 80; 26, 164; 27, 177, 245; 28, 287; 30, 34, 101, 215; 31, 77 32, 267; 33, 272; 34, 7, 81, 121; 35, 100; 36 22, 220; 38, 85; 39, 55 191, 285; 40, 26f u. a.

[127] ein Seitenstück zu der Willkürformel des preußischen OVG.
Entsch. 82, 432 (Aufhebung einer Maßnahme, weil die Behörde auf eine eigene Stellungnahme verzichtet hatte); 90, 293; 94, 213.

[128] Entsch. 76, 297; 89, 151 (Sollvorschriften und nicht zwingende Richtlinien sind wenigstens als Grundlage für die Entscheidung zu benutzen); 90, 118; 93, 50 ff. (aus dem vom Gesetz verwendeten Begriff der Billigkeit folgert das OVG., daß bestimmte Umstände zu berücksichtigen seien).

[129] Jahrb. 28, 262; 30, 178.

[130] Ähnlich weitgehende Ausführungen enthalten die Entscheidungen Jahrb. 27, 99; 30, 178 f.; 39, 55 f.; 40, 26 f. In der Entscheidung Jahrb. 35, 369 hebt das OVG. gar eine Maßnahme auf, weil eine auf den vorliegenden Fall nicht anwendbare Vorschrift unberücksichtigt gelassen war und das Gericht der Ansicht ist, daß dieser Bestimmung der Natur der Sache nach besondere Bedeutung als Anhaltspunkt zukomme.

bisher auch für andere Hunde außer in vier Fällen keine Steuerermäßigung gewährt worden sei und die Entscheidung auch im freien Ermessen stehe. Das gefällt dem OVG. nicht; es führt u.a. aus: „Diese Begründung geht fehl. Der Gemeinderat hätte die dienstliche und wirtschaftliche Bedeutung des Hundes des Klägers und die sonst in Betracht kommenden Verhältnisse würdigen und sich danach darüber schlüssig machen müssen, ob nicht trotz der Ablehnung der Steuervergünstigung in anderen Fällen im Streitfall wegen der besonderen Sachlage eine Steuervergünstigung zu bewilligen sei; wobei zu beachten gewesen wäre, daß der von der Gemeinde verfolgte Zweck, durch größte Einschränkung der Steuervergünstigungen die Zahl der Hunde zu verringern, bei den dienstlich notwendigen Hunden von Beamten nicht erreicht werden kann. Auch der Steuerausfall dürfte bei der geringen Zahl von Diensthunden kaum eine ausschlaggebende Rolle spielen. Wollte aber der Gemeinderat trotz alledem auf seinem ablehnenden Standpunkte beharren, so hätte er dafür eine sachliche Begründung geben müssen". Dabei ist dem Gemeinderat doch ganz eindeutig freies durch keinerlei gesetzliche Voraussetzungen beengtes Ermessen eingeräumt worden! Zur Handhabung dieser komplizierten Vorschrift ist nach alledem nur ein Beamter geeignet, der vor lauter Bedenken schließlich den Mut zu einer ablehnenden Entscheidung verliert oder aber in der Lage ist, eine Begründung zu verfassen, die allen Finessen des Oberverwaltungsgerichts Rechnung trägt. Der letzte Satz der oben wiedergegebenen Entscheidung beantwortet auch die Frage: Was wird das Gericht tun, wenn die Entscheidung alle in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt hat — was aber schwer fallen wird, da das OVG. nach Bedarf jederzeit neue Grundsätze aufstellen kann — und ihr Ergebnis dem Gericht auch dann noch nicht zusagt? Dann müssen eben auch die letzten Bedenken des OVG. durch eine sachliche Begründung zerstreut werden; fühlt sich das Gericht auch dann noch nicht überzeugt, so wird die Entscheidung wegen unzureichender Begründung (= Verfahrensmangel) aufgehoben[131].

Mit der Anerkennung des zuletzt erörterten Ermessensfehlers hat das freie Ermessen aufgehört, eine Schranke für die Rechtsprechung zu sein. Die Gerichte werden niemals nach Gründen zu suchen brauchen, wenn eine Verfügung ihnen im Ergebnis nicht zusagt; sie können deshalb jeden Ermessensakt ihrer Nachprüfung unterstellen[132].

2. Die übrigen Ermessensfehler.

Rechtsprechung und Literatur kennen außer den oben dargelegten inneren Schranken des freien Ermessens noch gewisse äußere Richtlinien

131 Das wäre der von W. Jellinek, Gesetz usw. S. 347 f. aufgestellte Ermessensfehler der „mangelnden Abwägung von Gründen und Gegengründen. S. auch sächs. OVG. Jahrb. 27, 99 f. (das OVG. geht hier auf die Frage ein, ob bei der Ermessensentscheidung ein dem Kläger drohender Nachteil genügend berücksichtigt worden ist.

132 Wenn es andererseits dem Gericht nicht behagt, die Erwägungen der Behörde nachzuprüfen, so kann es sich auch jederzeit nach Belieben unter Berufung auf das freie Ermessen der Behörde für unzuständig erklären oder auch seine Kontrolle mehr oder weniger weit einschränken; vgl. sächs. OVG. Jahrb. 39, 97; 40, 4.

für seine Handhabung. Es wird bestimmten Verfahrensvorschriften unterworfen[133]. Man verlangt ferner von der Behörde eine gleichmäßige Ausübung ihres Ermessens: Dieser Ermessensfehler tritt als Grundsatzlosigkeit[134] oder als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz[135] auf. Die übrigen Ermessensfehler[136], die je nach Bedarf für den Einzelfall anerkannt werden, können hier außer Betracht bleiben.

III. Ermessensüberschreitung.

Während die Lehre von den Ermessensfehlern nur Grundsätze für die Handhabung des Ermessens aufstellt, ohne aber den Umfang des der Behörde zustehenden Ermessensspielraums an sich beschränken zu wollen, handelt es sich im folgenden um solche Grundsätze, durch die der Ermessensspielraum selbst unmittelbar eingeengt werden soll: eine Ermessensüberschreitung macht demnach eine Maßnahme rechtswidrig ohne Rücksicht auf die Erwägungen der Behörde und die sonstige Handhabung ihres Ermessens[137].

Nicht jeder Mangel einer gesetzlichen Regelung im Verwaltungsrecht bedeutet gesetzlich gewollte Mehrdeutigkeit und damit die Gewährung von freiem Ermessen. Die Rechtsprechung hat vielmehr schon bislang auch dort, wo die Gesetze eine ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen hatten, aus der Natur der einzelnen Rechtseinrichtungen rechtliche Grundsätze hergeleitet und die Maßnahmen der Verwaltungsbehörden auch auf die Einhaltung dieser Rechtsgrundsätze nachgeprüft[138]. In ganz besonderem Maße traf dies auf das Verwaltungsrecht zu, wo wegen der Lückenhaftigkeit des positiven Rechts viel weniger als auf anderen Rechts-

[133] Sächs. OVG. Jahrb. 24, 221; 26, 252; 28, 262; 34, 299; 36, 52. W. Jellinek, Gesetz usw. S. 243. Andersen S. 160 ff.

[134] Preuß. OVG. 76, 430 und Anmerkung daselbst (ein Wandergewerbeschein darf „nicht willkürlich für das eine Jahr erteilt, für das andere versagt werden", ferner Entsch. 83, 363; 86, 245; in der Entscheidung Bd. 87 S. 456 wird dagegen die Grundsatzlosigkeit nicht als Ermessensfehler anerkannt. — Das sächs. OVG. hat sich mit diesem Fehler noch nicht befaßt. In der Entscheidung Jahrb. 30, 96, worauf W. Jellinek, VR. S. 446 N. 8 verweist, hebt es nicht wegen Grundsatzlosigkeit auf, sondern es wendet dort einen Rechtssatz, der einen ähnlichen Fall regelt, analog an. Im übrigen vgl. W. Jellinek, Gesetz usw. S. 323 ff., 348 f.; Maunz, Verwaltung S. 212.

[135] Über die geringe praktische Verwertbarkeit dieses vielerörterten Ermessensfehlers vgl. Hofacker, S. 251 ff., Buchmann S. 122 ff. Bedeutung kann er wohl nur für allgemeine Anordnungen (materielle Gesetze) erlangen und hier folgerte ihn früher die herrschende Lehre aus Art. 109 Abs. 1 WRV. Unter diesem Gesichtspunkt war auch die Entscheidung des preußischen OVG. in Bd. 92 S. 131 f. gerechtfertigt.

[136] vgl. etwa sächs. OVG. Jahrb. 33, 231; preuß. OVG. 82, 432.

[137] In der Literatur ist der Wesensunterschied zwischen der Ermessensüberschreitung und der subjektiven Zweckwidrigkeit häufig nicht erkannt worden. Vgl. etwa Isay im RVBl. 1932 S. 202 f. und Perels im Arch. öff. R. N.F. Bd. 6 (1926) S. 97. Richtig hingegen Andersen S. 214; auch die Rechtsprechung unterscheidet zuweilen ausdrücklich zwischen Ermessensüberschreitung und -mißbrauch (preuß. OVG. 89, 98; RFH. 29, 328).

[138] Schüle, Verwaltungsermessen S. 345.

gebieten Raum für eine positivistische Rechtsanwendung gegeben war. Heute, wo man erkannt hat, daß die Natur der einzelnen Rechtsgebilde eine der wichtigsten Rechtsquellen darstellt, wird der Gesetzgeber noch viel weitergehend als früher von einer gesetzlichen Regelung absehen und die Auffindung und Entwicklung der Rechtssätze der Rechtsprechung überlassen. Mit den hiernach sich ergebenden Grenzen des Ermessens haben wir uns im folgenden nicht zu befassen; ihre Berechtigung läßt sich nur im Einzelfall feststellen.

Man hat aber auch darüber hinaus angenommen, daß jedem Ermessen eine rechtliche Grenze immanent sei, deren Einhaltung der gerichtlichen Kontrolle unterliege[139]. Im Ausgangspunkt stimmt diese unter der Herrschaft des liberalen Verwaltungsrechts entwickelte Theorie mit der Lehre von détournement de pouvoir überein. Sie geht davon aus, daß jedes ermessengewährende Gesetz nur einem bestimmten durch Auslegung zu ermittelnden Kreis von Zwecken dienen wolle[140]. Unter Verwerfung der Lehre von der subjektiven Zweckmäßigkeit, welche das Motiv der Behörde für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung maßgebend sein läßt, wird hier die Bedeutung der Zweckgrenze darin erblickt, daß der Akt *in seiner Auswirkung* rechtlich zulässige Zwecke verfolgen muß[141]: eine Maßnahme soll dann rechtswidrig sein, wenn sie keinem an sich zulässigen Zweck zu dienen vermag. — Heute bedarf es nicht mehr des Nachweises, daß die Behörden auch innerhalb des ihnen zustehenden Ermessensspielraums an bestimmte Richtlinien gebunden sind. Die Zulässigkeit einer gerichtlichen Kontrolle kann aber andererseits nicht mehr allein darauf gegründet werden, daß es sich hier um rechtliche Bindungen handelt: denn freies Ermessen bedeutet ja gerade, daß eine gerichtliche Nachprüfung des Ermessensaktes auch dort ausgeschlossen ist, wo an sich rechtliche Schranken gegeben sind. Es fragt sich heute vielmehr nur, ob für den Fall der Ermessensüberschreitung eine Ausnahme von dem Grundsatz gerechtfertigt ist, daß Ermessensentscheidungen der gerichtlichen Kontrolle nicht unterliegen.

Bevor auf die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte eingegangen werden kann, bedarf es noch einer Betrachtung der prozessualen Seite der Lehre von der Ermessensüberschreitung. Die begiffliche Abgrenzung der Ermessensüberschreitung von der subjektiven Zweckwidrigkeit (= Unsachlichkeit) und auch insbesondere die praktischen Auswirkungen dieser Lehre bestimmen sich nämlich weitgehend danach, wie man zu der Ansicht Scheuners über die prozessuale Behandlung des Ermessens Stellung nimmt. Scheuner will den Behörden allgemein die Verpflichtung auferlegen, die mit ihrer Maßnahme verfolgten Zwecke durch eine Begründung darzutun. Unterlassen sie das oder stellen sie nicht genügende Unterlagen zur Verfügung, so ist es nach Scheuner nicht etwa Sache des Gerichts,

---

[139] Zu den folgenden Ausführungen vgl. Scheuner im Verw. Arch. Bd. 33 S. 68 ff. Für ihn war das freie Ermessen ein Auslegungsproblem, eine Schwierigkeit, den Gesetzesinhalt zu ermitteln (S. 84); von seinem Standpunkt aus gab es schon früher kein wirklich freies, sondern nur ein mehr oder weniger gebundenes Ermessen.

[140] Scheuner a.a.O. S. 84 f.

[141] Scheuner a.a.O. S. 92.

die Gründe des behördlichen Aktes zu erforschen, es muß dann seiner Meinung nach vielmehr angenommen werden, daß zulässige Gesichtspunkte nicht angeführt werden können[142]. Das Gericht hat sich nach dieser Ansicht also dem wirklichen Sachverhalt zu verschließen, und zwar selbst dann, wenn offensichtlich die Ermessensausübung rechtfertigende Tatsachen vorliegen; es muß ferner, um ja die Maßnahme ungestört wegen Überschreitung der Zweckgrenze des Ermessens aufheben zu können, alles unterlassen, was die Behörde bewegen könnte, nachträglich zutreffende Gesichtspunkte vorzubringen. Mit der das verwaltungsgerichtliche Verfahren beherrschenden Untersuchungsmaxime und dem aus ihr zu folgernden Grundsatz der Konversion ist diese Auffassung unvereinbar. Hinzu kommt, daß durch diesen prozessualen Kunstgriff plötzlich wieder die eben erst als unerheblich ausgeschalteten Motive der Behörden ausschlaggebend geworden sind: denn die gerichtliche Entscheidung wird sich ja fast stets mangels anderer Unterlagen auf die Begründung der Maßnahme durch die Behörde und den Inhalt der Akten zu stützen haben. Aus diesem Grunde kann Scheuner auch sämtliche für die Lehre vom détournement de pouvoir verwertbaren Urteile der Verwaltungsgerichte als Belege für seine Theorie benutzen. — Eine Ermessensüberschreitung im Sinne der folgenden Ausführungen ist deshalb nur dann gegeben, wenn ein Ermessensakt bei Berücksichtigung aller vorliegenden Tatsachen keinem rechtlich zulässigen Zweck zu dienen vermag[143].

Die objektive Zweckwidrigkeit einer Maßnahme kann sich daraus ergeben, daß ein den Erlaß des Aktes rechtfertigender Sachverhalt nicht vorhanden ist. Die Gerichte begnügen sich hier zumeist mit der Feststellung, daß eine offensichtliche Ermessensüberschreitung nicht gegeben sei, daß die Annahme der Behörde oder die getroffene Maßnahme nicht außerhalb des Bereichs vernünftiger Erwägungen liege, daß die Möglichkeit bestehe, eine Sachlage als Grund für eine behördliche Maßnahme anzusehen, daß ein bestimmter Sachverhalt grundsätzlich ein Hemmnis für die Ziele der Behörde darstelle, usw.[144]. Häufig stellen sie aber auch bestimmtere Grundsätze auf[145]. Das gilt insbesondere für die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts zum Polizeirecht. Eine Anordnung gemäß § 21 des pr. Wassergesetzes vom 7. April 1913 darf in ihren Folgeerscheinungen nicht in einem derartigen Mißverhältnis zu dem erstrebten Erfolg stehen, daß sie über das Maß dessen hinausgeht, „was nach allgemeiner Rechtsüberzeugung über die Ver-

---

142 Scheuner a.a.O. S. 94.

143 So versteht auch Schön im Verw. Arch. Bd. 27 S. 139 ff. die „objektiven polizeilichen Motive" des preußischen OVG.

144 Z. B. preuß. OVG. 79, 432; 88, 224; 89, 98. Sächs. OVG. Jahrb. 28, 149; 36, 107; 37, 40 f. RFH. 29, 328. Vgl. ferner den Staatsgerichtshof in RGZ. 137, Anh. 27, und auch 128, Anh. 11 f.

145 Hierhin gehört auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, das bei Ermessensentscheidungen prüft, ob „die Behörde bei Ausübung des Ermessens in so hohem Maße gefehlt hat, daß ihr Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist". Das Gericht ersetzt also weitgehend das „freie Verwaltungsermessen" durch die „Grundsätze einer ordentlichen Verwaltung". Vgl. hierzu Peters S. 483 ff.

pflichtungen des einzelnen gegenüber der Gesamtheit zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung gefordert werden darf"[146]. Wenn die Polizei zur Räumung eines Mühlenfließes den Räumungspflichtigen und nicht den Verursacher heranzieht, so bleibt sie innerhalb ihres Ermessensspielraums, falls nicht lediglich die Handlungsweise des Verursachers die Überflutung herbeigeführt hat[147]. § 14 PVG. stellt die Frage der Notwendigkeit einer polizeilichen Maßnahme ausdrücklich in das Ermessen der Behörde; es bedeutet jedoch eine Überschreitung des Ermessens, wenn „das von der Polizei bezeichnete Mittel seinerseits eine größere Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mit sich bringen würde als die abzuwendende Gefahr"[148] oder wenn die gestellten Anforderungen über das Maß dessen hinausgehen, „was unter diesem Gesichtspunkt polizeilich verlangt werden kann"[149]. Diese Entscheidungen können teilweise auch durch die Erwägung gerechtfertigt werden, daß dort, wo die Auswirkungen einer Verfügung schädlicher sein würden als der zu beseitigende Zustand selbst, von einer behördlichen „Maßnahme" im Sinne des Gesetzes garnicht mehr die Rede sein kann und deshalb einfach eine Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigung vorliegt. Die Abgrenzung dieser Erscheinung von der Ermessensüberschreitung bestimmt sich nach den jeweiligen tatsächlichen Verhältnissen.

Die Maßnahme kann aber schon für sich betrachtet lediglich *ihrem Inhalt nach* einen fehlerhaften Zweck verfolgen. In der Entscheidung Jahrb. 37, 331 erklärt das sächsische Oberverwaltungsgericht eine Gebührenordnung für rechtswidrig, weil im allgemeinen der Vorteil des Bestehens einer Wasserleitung für ein nicht angeschlossenes Grundstück höchstens halb so hoch zu bewerten sei, wie der Vorteil, der in der Benutzung der Wasserleitung für ein angeschlossenes Grundstück liege. Von erheblicher Bedeutung ist der Fehler der objektiven Zweckwidrigkeit dann, wenn eine Vergünstigung, die nach freiem Ermessen versagt werden könnte, unter einer *Bedingung* oder *Auflage* erteilt wird; denn die Behörde wird nicht selten der Versuchung ausgesetzt sein, mit Hilfe einer solchen Bedingung einen sachfremden Erfolg zu erstreben. In diesen Fällen müßte das zur Entscheidung berufene Gericht folgerichtig zwei Fragen prüfen, nämlich: 1) ob die Bedingung für sich betrachtet einem zulässigen Zweck überhaupt zu dienen vermag[150] und 2) ob weiterhin eine Sachlage gegeben ist, welche die an sich zulässige Bedingung nicht als eine offenbare Ermessensüberschreitung erscheinen läßt[151].

---

146 Preuß. OVG. 82, 320.
147 Preuß. OVG. 77, 374.
148 Preuß. OVG. 90, 273, 295. Vgl. auch Drews S. 63.
149 Preuß. OVG. 91, 133. Das OVG. prüft hier die Gültigkeit einer Polizeiverordnung und stellt erst nach eingehenden Erörterungen fest, daß über das Maß des polizeilich Zulässigen nicht hinausgegangen sei. Das Urteil läßt darauf schließen, daß das OVG. Polizeiverordnungen, bei denen ihm die Nachprüfung der Notwendigkeitsfrage ja durch § 14 PVG. entzogen ist, u. U. dafür sehr eingehend auf etwaige Ermessensüberschreitungen kontrollieren wird. Bei polizeilichen Verfügungen besteht hierzu wegen § 41 Abs. 2 PVG. ein geringeres Bedürfnis.
150 So preuß. OVG. 82, 320 f., 330; 90, 335 f.; sächs. OVG. Jahrb. 27, 175.
151 Preuß. OVG. 82, 320 f. (abweichend jedoch 82, 330 f. und 90, 335 f.); sächs. OVG. 27, 175 (sehr weitgehend).

IV. Kritik der Ermessenskontrolle[152].

Ausgangspunkt der Erörterungen der Ermessenskontrolle war die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts, das niemals wie die anderen deutschen Verwaltungsgerichte grundsätzlich auf Rechtskontrolle beschränkt gewesen ist. Seine Entscheidungen haben kraft ihrer besonderen Autorität die Literatur und die Rechtsprechung der übrigen deutschen Verwaltungsgerichte beeinflußt. Während aber im preußischen Recht die Ermessenskontrolle an Bedeutung immer mehr zurückgetreten ist — insbesondere seitdem das OVG. die Notwendigkeitsfrage in § 10 II 17 ALR. als Rechtsfrage anerkannt hat — ist sie durch die anderen Gerichtshöfe, in erster Linie durch das sächsische Oberverwaltungsgericht, immer weiter ausgebaut worden. Auch die Literatur hat die Ermessenskontrolle fast durchgängig gebilligt[153]. Sieht man aber etwas genauer hin, so ergibt sich ein sehr uneinheitliches Bild. Bei aller grundsätzlichen Übereinstimmung in der Anerkennung der Zulässigkeit einer Ermessenskontrolle stellt jeder Autor sein eigenes System von Ermessensmängeln auf: je nach Gutdünken werden bestimmte Ermessensfehler gebilligt oder verworfen, es werden Fehler aufgestellt, die auch den Verwaltungsgerichten noch nicht bekannt sind, usw.[154]. Die Rechtsprechung ergibt das gleiche Bild, wie ein Vergleich der Stellungnahme des preußischen und des sächsischen Oberverwaltungsgerichts zeigt. Zu Unrecht glaubt deshalb Kaufmann, eine weitgehende Klärung der Ermessenskontrolle feststellen zu können, die im wesentlichen bereits zu gesicherten Ergebnissen geführt habe[155]. Auch hat es von Anfang an nicht an Stimmen gefehlt, die die Zulässigkeit einer Ermessenskontrolle verneinten und auf ihre Gefahren aufmerksam machten[156]. Insbesondere seit der Machtergreifung durch den Nationalsozialimus haben sich neue Gegner der Ermessenskontrolle gefunden[157]. Die Rechtsprechung hat teilweise ebenfalls einen von der herrschenden Meinung abweichenden Standpunkt eingenommen: Das

---

152 Die folgenden Darlegungen befassen sich dem Zweck dieser Abhandlung entsprechend nur mit der Ermessenskontrolle als verwaltungsrechtlichem Problem. Auf anderen Rechtsgebieten können durchaus andere Gesichtspunkte maßgebend sein. Vgl. etwa Drost, das Ermessen des Strafrichters, über die strafrechtliche Seite dieser Frage.

153 Zu vorigem vgl. Bühler, Die subj. öfftl. Rechte S. 264 ff., 458 usw.; Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 747; im Arch. öff. R. NF. Bd. 18 (1930) S. 293.

154 Vgl. insbesondere W. Jellinek, Gesetz usw. S. 201 ff., besonders S. 331 ft.; Andersen S. 210 ff.; Laun S. 175 ff.

155 Im Verw. Arch. Bd. 37 S. 240. Ähnlich Schüle, Verwaltungsermessen S. 348. Mit Recht erkennt jedoch Peters S. 484 an, daß die Einteilungen der Ermessensfehler usw. im Schrifttum so stark auseinanderlaufen, daß sie bisher als systematische Grundlage in der Rechtsprechung nicht verwertet werden konnten.

156 Zunächst Bühler, die subj. öfftl. Rechte S. 162 ff., insbesondere S. 208 f., 455 ff. Dann Hofacker S. 248 ff.; Buchmann S. 108 ff.

157 von Köhler S. 280; Knauth in DJZ. 1934 S. 1123. Dementsprechend hält auch Weidemann, Deutsches Recht S. 312, die Ausübung der Staatsaufsicht gegenüber den Gemeinden nach der deutschen Gemeindeordnung selbst dann für unzulässig, wenn die Gemeinde ihr Ermessen mißbräuchlich angewendet hat.

Thüringische Oberverwaltungsgericht hält eine auf Ermessensmängel gestützte Anfechtungsklage sowohl für prozessual unzulässig als auch für sachlich unbegründet[158]. Der Württembergische Verwaltungsgerichtshof hat jedenfalls die Zulässigkeit der Ermessenskontrolle bisher noch in keiner Entscheidung bejaht[159]. Sie ist auch keineswegs selbstverständlich.

Die liberale Verwaltungsrechtslehre, die im Bereich des freien Ermessens die subjektive Anschauung des einzelnen Verwaltungsbeamten als maßgebend ansah und eine Bindung an ein über dem Gesetz stehendes Recht nicht anerkannte, mußte hier zu folgender Frage Stellung nehmen: Wie war die Ermessenskontrolle zu vereinbaren mit einer Zuständigkeitsordnung, welche die Verwaltungsgerichte, sei es ausdrücklich, sei es durch das Erfordernis der Verletzung eines subjektiven Rechtes des einzelnen, auf die Rechtskontrolle beschränkte? Dieser Widerspruch konnte nur dann behoben werden, wenn nachzuweisen war, daß es sich bei der Ermessenskontrolle nicht um rechtlich irrelevante Grundsätze, sondern um geltende Rechtsnormen handelte. Man hat diesen Beweis auf den verschiedensten Wegen zu erbringen versucht[160]. Demgegenüber hat Bühler[161] betont, daß die Konstruktion eines Anspruchs auf richtige Ermessensübung, gleichviel unter welchem Gesichtspunkt sie erfolge, eines übersehe: daß es sich nämlich bei den Normen, aus denen entnommen werde, wie von dem Ermessen Gebrauch zu machen sei, ja gerade um den Typus der nur intern verpflichtenden, der Wirkung nach außen entbehrenden Rechtssätze handele. Auch bisher war also schon allgemein anerkannt, daß der nach freiem Ermessen handelnde Beamte pflichtgemäß vorzugehen hatte; nur fragte es sich, ob der Beamte, der nicht pflichtgemäß verfuhr, damit nur seine Dienstpflicht oder auch eine nach außen wirkende Rechtsnorm verletzte.

Heute, wo die Behörden auch im Bereich des ihnen zustehenden freien Ermessens an das Recht gebunden sind, geht es nicht mehr an, ohne weiteres alle für die Handhabung des Ermessens aufgestellten Normen als nur intern verpflichtende Rechtssätze anzusprechen. Soweit die Ermessensmängel die Behörden auch nach außen verpflichtende Regeln zum Gegenstand haben, sind sie „nichts anderes als klares Handeln gegen nationalsozialistische Rechtsgrundsätze und damit ohne weiteres

---

158 vgl. Buchmann S. 128 ff.

159 vgl. Plappert S. 81 f.

160 Man folgerte dies aus der Natur der Sache (Laun, S. 264), aus dem Gebot der Pflichtmäßigkeit (W. Jellinek, VR. S. 37; sächs. OVG. Jahrb. 29, 247 und dazu Bühler, die subj. öfftl. Rechte S. 456 f.), aus Treu und Glauben (W. Jellinek im RVBl. 1931 S. 806; dazu vgl. Schüle im Verw. Arch. Bd. 39 S. 22 f.); man konstruierte die Grundsätze über die Ausübung des Ermessens als ungeschriebene Verfahrensvorschriften (Wittmaak S. 128 ff. und ähnlich Herrnritt S. 305; vgl. dazu Bühler a.a.O. S. 455 ff.), als Prüfung der ordnungsmäßigen Subsumtion des Sachverhalts unter den Begriff des öffentlichen Interesses (Plappert S. 78 ff.); es sollte ein praktisches Bedürfnis nach ihrer Anerkennung bestehen (Andersen S. 257), man glaubte, sie durch Auslegung aus den Gesetzen gewinnen zu können (Thoma im Verw. Arch. Bd. 20 S. 452; Scheuner im Verw. Arch. Bd. 33 S. 84 ff.) usw.

161 Die subj. öfftl. Rechte S. 209, 455 ff.

Rechtsverletzung"[162]; sie haben auch erst jetzt durch die Bindung des behördlichen Verhaltens an die nationalsozialistische Weltanschauung größere inhaltliche Bestimmbarkeit erhalten[163]. Hieraus allein kann nun aber nicht, wie es in der neueren Literatur häufig geschieht[164], zugleich gefolgert werden, daß die Gerichte befugt sein müssen, die Maßnahmen der Verwaltungsbehörden auf derartige Ermessensmängel nachzuprüfen oder gar ihre Kontrolle darauf zu erstrecken, ob eine Entscheidung „politisch richtig" ist[165]. Es wäre ein Widerspruch in sich, wenn einerseits freies Ermessen den Ausschluß richterlicher Nachprüfbarkeit einer Anordnung auch dort bedeuten soll, wo an sich rechtliche Bindungen gegeben sind, wenn man andererseits jedoch allein daraus, daß ein Ermessensmangel eine Verletzung des Rechts darstellt, die Zulässigkeit einer Ermessenskontrolle durch die Gerichte herleitet. Eine Stellungnahme zu der Frage der Ermessenskontrolle muß vielmehr davon ausgehen, daß Ermessensakte heute grundsätzlich der richterlichen Kontrolle entzogen sind. Eine Ermessenskontrolle kann deshalb nur zulässig sein, soweit es sich dabei um nach außen wirkende Rechtssätze handelt und auch hier nur dann, wenn nachzuweisen ist, daß in diesem Umfang eine Nachprüfung der Ermessensentscheidungen dem Willen der politischen Führung entspricht. Für die Stellungnahme zur Frage der Ermessenskontrolle können daher heute allein politische, den Erfordernissen der Verwaltung Rechnung tragende Gesichtspunkte maßgebend sein[166].

Die Ausbildung der Ermessenskontrolle war letzten Endes der Ausfluß einer bestimmten Auffassung von dem Verhältnis zwischen Staatsgewalt und einzelnem. Die liberale Staatsidee sah in dem Eigenleben des Individuums den primären staatlichen Wert, der nur den im Interesse eines geordneten gesellschaftlichen Zusammenlebens unbedingt erforderlichen Beschränkungen unterworfen werden durfte. Wenn Eingriffe in die Freiheitssphäre des einzelnen sich als notwendig erwiesen, so sollte wenigstens eine eindeutige Bindung der Behörde stattfinden; je weniger freies Ermessen eingeräumt wurde, umso „rechtsstaatlicher"

---

[162] Maunz, Neue Grundlagen S. 20.

[163] Huber in DJZ. 1934 S. 958.

[164] So z. B. Maunz, Neue Grundlagen S. 20 und Verwaltung S. 214; Schüle, Verwaltungsermessen S. 348.

[165] Das nimmt Schüle, Verwaltungsermessen S. 348 an. Diese Meinung ist nicht recht zu vereinbaren mit dem von Schüle a.a.O. S. 343 selbst aufgestellten Grundsatz, daß bei der Gesetzesauslegung sowie für die Frage der Ermessenskontrolle gleichermaßen zu beachten sei, daß der Gesetzgeber heute im Zweifel eher viel als wenig Ermessen gebe!

[166] Mit Recht stellt daher auch Scholz, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 73 darauf ab, ob ein Bedürfnis nach der Zulässigkeit der Ermessenskontrolle bestehe. Er bejaht diese Frage und meint, daß eine Verwaltungsgerichtsbarkeit allein schon aus dem Grunde erforderlich sei, damit einer mißbräuchlichen Ermessensausübung durch die Verwaltung entgegengetreten werden könne. Er überschätzt hiermit jedoch erheblich die praktische Bedeutung der Ermessenskontrolle. Das preußische OVG. übt nur noch in geringem Umfang eine solche Kontrolle aus und nur selten ist es in die Lage gekommen, einen Akt wegen Ermessensmängel aufzugeben. Die Rechtsprechung des sächsischen OVG. zu dieser Frage wird aber auch wohl Scholz, der ja von dem Rechtszustand in Preußen ausgeht, nicht als erstrebenswertes Ziel erscheinen.

war die getroffene Regelung[167]. Nun sah man aber immer schon ein, daß häufig eine ordentliche Verwaltung ohne Einräumung eines Ermessensspielraums nicht möglich ist. Hier den einzelnen ganz schutzlos zu lassen, ihn völlig dem guten Willen der Staatsorgane preiszugeben, war dem liberalen Denken eine unzugängliche Vorstellung: wenn das freie Ermessen die Rechtsordnung nicht sprengen sollte, so konnte „auch in Rechtsverhältnisse als Bestandteil der Rechtsordnung nur ein Ermessen eingeführt werden, das selbst rechtlicher Wertung und Überprüfung fähig, das an rechtliche Merkmale und Grenzen gebunden war"[168]. Von dieser weltanschaulichen Grundlage aus war somit auch das freie Ermessen einer Rechtskontrolle unterworfen.

Wir haben heute eine andere Auffassung von dem Wesen des Rechtsstaats. Auch der Nationalsozialismus erkennt die Einzelpersönlichkeit als Wert an, aber immer nur in ihrer Verbundenheit mit der Gemeinschaft und daher in dem durch die Interessen des Ganzen gezogenen Rahmen. Die Zulässigkeit der Ermessenskontrolle läßt sich deshalb mit dem möglichst zu respektierenden Schutzbedürfnis des einzelnen nicht mehr begründen. — Gerade bei diesem Problem muß das neue von den konkreten Ordnungen ausgehende Rechtsdenken sich bewähren. Das freie Verwaltungsermessen ist ein Gebilde der Lebenswirklichkeit, das seine Eigengesetzlichkeit in sich trägt. Es fragt sich daher, ob die durch die Gerichte geübte Ermessenskontrolle sich mit dem Wesen des freien Ermessens vereinbaren läßt.

Freies Ermessen liegt vor bei gesetzlich gewollter Mehrdeutigkeit. Der Gesetzgeber erkennt hier seine Unfähigkeit, durch Aufstellung objektiver Richtlinien den wechselnden Bedürfnissen der Verwaltung gerecht zu werden; er sieht ein, daß der mit dem Verwaltungsorganismus verwachsene Beamte am besten darüber zu bestimmen vermag, welche Entscheidung im einzelnen Fall den Belangen der Gemeinschaft am meisten förderlich ist, und daß ein entschlußkräftiges Beamtentum eine größere Gewähr für eine zweckmäßige Verwaltungstätigkeit bietet, als es ein engmaschiges Netz von Rechtsvorschriften tun könnte. Die Ausübung der Ermessenskontrolle verfolgt im Gegensatz hierzu den Zweck, die freie Initiative der Behörden in gewissem Umfang wieder einzuengen:

Man geht in erster Linie davon aus, daß der Behörde in ihrer Ermessenssphäre durch ausdrückliche oder ungeschriebene Richtlinien nur die Verfolgung bestimmter Zwecke gestattet sei und schließt daraus, daß die Gerichte befugt seien, nachzuprüfen, ob nicht subjektiv ein unzulässiger Zweck für das Vorgehen der Behörde bestimmend gewesen ist und ob weiterhin die behördliche Maßnahme ihren objektiven Auswirkungen nach diese Zweckgrenze nicht überschritten hat. Schon die von der Rechtsprechung vorgenommene Abgrenzung zwischen den er-

---

[167] vgl. etwa W. Jellinek, VR. S. 90; Fleiner S. 247; Stier-Somlo S. 503 ff.

[168] Richter im Arch. öff. R. NF. Bd. 8 S. 41; ähnlich Scheuner im Verw. Arch. Bd. 33 S. 81 ff. und W. Apelt im Verw. Arch. Bd. 36 S. 153.

laubten und unerlaubten Zwecken ist häufig sehr bedenklich[169]. Es besteht hierbei die Neigung, die Behörde auf die Wahrnehmung ihrer speziellen Ressortinteressen zu beschränken, während gerade nach heutiger Auffassung die Verwaltung in erster Linie auf die großen politischen Ziele des Staates eingestellt werden muß[170]. Die Beachtung dieses Gesichtspunktes wird bei der Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen in manchen Fällen zu von dem bisherigen Standpunkt abweichenden Ergebnissen führen. Natürlich wird aber auch in Zukunft, schon wegen der allgemeinen Bindung der Behörden an das Recht, eine Zweckgrenze anerkannt werden müssen. Hierbei sind, wie ausgeführt, folgende Möglichkeiten zu unterscheiden:

1) Die Maßnahme kann schon ihrem Inhalt nach nur unzulässigen Zwecken dienen (Hauptfall: eine freie Erlaubnis wird unter sachfremden Nebenbestimmungen erteilt): Wenn das Gesetz die Erteilung oder Versagung einer Erlaubnis in das freie Ermessen der Behörde stellt, so will es sicher nicht zulassen, daß die Behörde ihr Recht zur Setzung von Bedingungen usw. dazu benutzt, um irgendeinen mit der Erlaubnis in keinem Zusammenhang stehenden Erfolg zu erzielen[171]. Hinzu kommt, daß eine Überschreitung der Zweckgrenze hier zweifelsfrei festzustellen ist.

2) Der Ermessensakt kann ferner zweckwidrig sein, weil ein seinen Erlaß rechtfertigender Sachverhalt nicht gegeben ist. Soweit hierin zugleich eine Überschreitung der durch die gesetzliche Ermächtigung gezogenen Grenzen liegt (vgl. oben III), sind die Gerichte bereits im Rahmen der Rechtskontrolle zur Aufhebung der Entscheidung befugt. Ob aber im übrigen eine Maßnahme unter keinem Gesichtspunkt vernünftiger Ermessensübung gerechtfertigt werden kann, ob also eine offensichtliche Ermessensüberschreitung vorliegt, kann das Gericht ohne Anstellung eigener Zweckmäßigkeitserwägungen nicht entscheiden. Da es jedoch nicht über den notwendigen Einblick in den Tätigkeitsbereich der Behörde verfügt, um zu dieser Frage befriedigend Stellung nehmen zu können — es weiß ja nicht, welche besonderen Umstände die vielleicht auf den ersten Blick unverständliche Maßnahme veranlaßt hatten — führt eine solche Kontrolle bereits über die einer Verwaltungsgerichtsbarkeit gegebenen Möglichkeiten hinaus[172]. Während die Gerichte hier nur eine ganz sum-

---

169 vgl. die von Hofacker S. 219 f. und Buchmann S. 120 f. angeführten Beispiele. Häufig ist man sich über die Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Zwecken nicht einig: vgl. etwa W. Jellinek, Verw. R. S. 280 f., der im Gegensatz zur herrschenden Lehre annimmt, daß bei der Zurücknahme einer widerruflich erteilten freien Erlaubnis auch andere als polizeiliche Motive maßgebend sein dürfen. Interessant auch preuß. OVG. 93, 100 ff.

170 Scheuner im Arch. öff. R. 1934 S. 342.

171 Von einer „Ermessenskontrolle" kann hier keine Rede sein, da insoweit eine gesetzlich gewollte Mehrdeutigkeit und damit ein Ermessensspielraum schon objektiv nicht vorliegt.

172 Sehr treffend RFH. 29, 328: „Allerdings kann sich gegebenenfalls der Streit gerade darum drehen, ob offensichtlich eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmißbrauch vorliegt". Ob etwas „offensichtlich" ist, hängt eben wesentlich von der Einstellung des Urteilenden ab. Auch

marische Prüfung vornehmen können und dabei im wesentlichen auf Mutmaßungen angewiesen sind, sind die Aufsichtsbehörden in der Lage, die Maßnahme vor ihrer Aufhebung nach allen Seiten hin auf ihre Vereinbarkeit mit den Zielen der Verwaltungspolitik zu überprüfen. Sie sind deshalb auch allein geeignet und dazu berufen, einen Akt wegen Ermessensüberschreitung rückgängig zu machen. Wie wenig übrigens mit diesem Ungültigkeitsgrund praktisch anzufangen ist, zeigt die in grundsätzlichen Erklärungen sich erschöpfende Rechtsprechung. Größere Gefahr droht von ihm aber dann, wenn die Rechtsprechung die Grenzen des Ermessensspielraums immer enger zieht[173] oder wenn sie gar die Lehre Scheuners über die prozessuale Behandlung des freien Ermessens billigt[174].

3. Die Zweckwidrigkeit kann schließlich in dem Motiv der Behörde liegen. Eine befriedigende Erklärung dafür, daß die Gültigkeit eines Verwaltungsaktes von der zur Zeit seines Erlasses gegebenen subjektiven Willensrichtung eines Beamten abhängig sein soll, ohne daß es möglich wäre, durch ein Vorbringen anderer zutreffender Gesichtspunkte die unabhängig von den Beweggründen vorhandene Zweckmäßigkeit der Anordnung nachzuweisen, ist bisher nicht erbracht worden[175]. Auf den Gedanken, in einer Rechtsgewährung zugleich nach außen wirkende subjektive Richtlinien zu sehen, ist man bislang nur gekommen, wenn es sich um Ermächtigungen zu hoheitlichen Maßnahmen handelte. Die rechtspolitische Grundlage der Lehre vomdétournement de pouvoir war denn auch die heute sicherlich nicht mehr berechtigte Annahme, daß das Schutzbedürfnis des einzelnen gerade gegenüber den in weitem Umfang mit Ermessensfreiheit ausgestatteten Verwaltungsbehörden besonders groß sei. Zu diesen grundsätzlichen Bedenken kommt noch die praktische Schwierigkeit, die Erwägungen der Behörde zweifelsfrei zu erforschen. Der Indizienbeweis, das einzige Mittel, wenn die Behörde sich hinter einem Vorwand verschanzt oder eine Erklärung verweigert, macht es notwendig, aus dem unvollständigen zur Verfügung stehenden Tatsachenkomplex auf die Zweckmäßigkeitserwägungen der Behörde zu schließen; im Ergebnis entscheidet also die Ansicht des Gerichts darüber, ob die ihm bekannten Tat-

---

Peters, der eine Ermessenskontrolle grundsätzlich für zulässig hält, bestreitet ihre Berechtigung, soweit ihr Unterschied zur Rechtskontrolle nicht qualitativ, sondern quantitativ in der besonderen Fehlerhaftigkeit einer Maßnahme gesehen wird (S. 484). Seine Stellungnahme wird aber teilweise wieder dadurch entwertet, daß er in solchen Fällen der Behörde die Beweislast dafür zuschieben will, daß sie über Umfang und Inhalt des ihr zustehenden Ermessens bei Erlaß der Maßnahme nicht in einem Irrtum befangen war und ihr Ermessen auch wirklich ausgeübt hat.

173 Die Literatur sieht das freie Ermessen bereits teilweise als den durch die „allgemeine Verwaltungserfahrung" gewährten Spielraum an: Lassar-Drews § 14 Erl. 13; Franzen Bd. 1, S. 122 f. Das gilt im besonderen Maße auch für die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage der Amtshaftung; vgl. Huber, Verfassung, S. 250 ff.; Peters, S. 483 ff.

174 Vgl. oben III.

175 Vgl. auch Friedrichs PVG. § 50 Erl. 8, Ziff. 3. Peters (S. 489) will den Ermessensmißbrauch als einen Fall der Gesetzesumgehung ansehen. Eine Gesetzesumgehung liegt aber nur dann vor, wenn der von der Behörde herbeigeführte Erfolg objektiv dem Willen des Gesetzes zuwiderläuft; das trifft hier aber regelmäßig gerade nicht zu.

sachen eine Maßnahme als zweckmäßig erscheinen lassen. Wenn aber die gerichtliche Kontrolle gegenüber Vorwänden der Behörde Halt machen soll — diese Einschränkung wird überwiegend anerkannt[176], wohl mit Recht, denn es würde sicher dem harmonischen Zusammenarbeiten der Staatsorgane wenig förderlich sein, wenn die Gerichte den Verwaltungsbehörden Verlogenheit vorwerfen dürften — so hat der Indizienbeweis seine Bedeutung überhaupt verloren. — Diesen Schwierigkeiten glaubt man durch das häufig als Universalmittel gepriesene Erfordernis einer Begründung[177] aus dem Wege zu gehen. Im preußischen Recht ist jetzt in den §§ 44 Abs. 2, 48 PVG. die Begründungspflicht für polizeiliche Maßnahmen gesetzlich festgelegt; vor dem preußischen Oberverwaltungsgericht hat sich aber auch im übrigen der Brauch durchgesetzt, daß die Verwaltungsbehörden dem Gericht die tatsächlichen Grundlagen ihrer Entscheidung kenntlich machen. Das sächsische Oberverwaltungsgericht entnimmt ohne weitere gesetzliche Grundlage schon aus dem Wesen der „Entscheidung", insbesondere einer mit weiterem Rechtsmittel anfechtbaren Rechtsmittelentscheidung, daß die für ihren Erlaß maßgebenden Gründe anzugeben seien[178]. Die Begründungspflicht ist selbstverständlich von Nutzen, weil sie die Behörde zwingt, sich über die gesetzlichen Grundlagen ihrer Entscheidung Klarheit zu verschaffen[179]; nur aus der Begründung wird sich regelmäßig auch feststellen lassen, ob die Behörde nicht in einem Irrtum über den Umfang des ihr zustehenden Ermessens befangen war. Die Gründe müssen daher ergeben, aus welchen Tatsachen das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der getroffenen Maßnahme geschlossen worden ist. Die Bedeutung der Begründung darf aber auch nicht überschätzt werden. Ist die Behörde einigermaßen geschickt, so wird sie etwaige unzulässige Motive hinter Vorwänden verbergen. Häufig aber tritt der entgegengesetzte Fall ein: Die Behörde hat die maßgebenden Gesichtspunkte richtig erkannt, ist aber zu ungeschickt, dieselben nachträglich zu formulieren und bringt vielleicht unzulässige Gründe vor, die nur in zweiter Linie mitgespielt haben[180]; oder sie hat ein Interesse daran, ihre wahren zulässigen Motive zu verbergen und macht deshalb Gesichtspunkte geltend, die ebenfalls Vorwände darstellen, aber zum Unglück die ihr gesetzte Zweckgrenze überschreiten. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle darf sich deshalb nicht in einer bloßen Kritik der angegebenen Gründe erschöpfen[181]: läßt sich aus den geltend gemachten Gesichts-

[176] vgl. Peters, S. 490; W. Jellinek, Gesetz usw. S. 349 ff., VR. S. 448. S. auch preuß. OVG. 86, 396.

[177] W. Jellinek, Gesetz usw. S. 336; Scheuner im Verw.-Arch. Bd. 33, S. 94; Herrnritt, S. 306 f. Tezner, ursprünglich der erbittertste Gegner des Launschen Versuches, die Lehre vom détournement de pouvoir auch in Deutschland heimisch zu machen (vgl. Jahrb. öff. R. V. S. 67 ff.), bekennt sich jetzt zu ihr, falls auch für Ermessensakte eine Begründungspflicht bestehe (freies Ermessen, S. 94).

[178] Jahrb. 31, 284 f.; 32, 85.

[179] Bühler, Steuerrecht, S. 331. Es erscheint deshalb nicht gerechtfertigt, die Begründungspflicht allgemein zu verwerfen, wie es Hofacker, S. 242 ff., 258 f. und Buchmann, S. 114 f. tun.

[180] Hofacker, S. 242 f.

[181] so mit Recht Hofacker, S. 243.

punkten das Vorgehen der Behörde nicht rechtfertigen, so hat das Gericht zu prüfen, ob es vielleicht aus anderen Gründen zulässig erscheint, und zwar selbst dann, wenn die von der Behörde gegebene Begründung auf die Verfolgung eines unsachlichen Zweckes hindeutet. — Für die Verwaltungsgerichte wäre die Verwerfung dieses Ermessensfehlers insofern von Vorteil, als sie dadurch der Notwendigkeit überhoben sein würden, auf jede grundlose Verdächtigung hin die Lauterkeit der Absichten der Behörden nachzuprüfen. Vor dem preußischen Oberverwaltungsgericht scheint sich allmählich der Brauch entwickelt zu haben, gegen jede polizeiliche Maßnahme vorzubringen, die Behörde habe sich nicht von polizeilichen Motiven leiten lassen. Heute ist das Gericht gehalten, diesen Einwand jeweils mit einigen allgemeinen Wendungen als sachlich unbegründet nachzuweisen. Die Anzahl der Entscheidungen, die sich mit dem Ermessensmißbrauch befassen, steht daher auch in keinem Verhältnis zu der geringen praktischen Bedeutung dieses Fehlers. Eine Verwerfung der Lehre vom détournement de pouvoir durch das Gericht müßte in kurzer Zeit dazu führen, daß der Kläger sich auf eine sachliche Stellungnahme beschränken und der Behörde nicht mehr Willkür, Machtmißbrauch usw. zum Vorwurf machen würde.

Ähnliches gilt für die übrigen Versuche, den von der Behörde anzustellenden Gedankengang gewissen Richtlinien zu unterwerfen. Die obigen Ausführungen (II 1 d) haben bereits gezeigt, daß die Gerichte auf diese Weise es in der Hand haben, jede ihnen mißfallende Ermessensentscheidung aufzuheben. Der sogenannte Interessenberücksichtigungsanspruch[182] ist also in seinen letzten Folgerungen ganz dazu angetan, das freie Ermessen als Schranke der gerichtlichen Kontrolle aus unserem Rechtssystem zu verdrängen. Damit wird aber dem Willen des Gesetzgebers, der dort, wo er freies Ermessen gewährt, gerade das Prüfungsrecht der Gerichte ausschließen will, zuwidergehandelt. Hinzu kommt noch, daß die Lückenhaftigkeit und die Fehler des behördlichen Gedankenganges nur nachzuweisen sind, wenn man nicht nur fordert, daß die Behörde das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Maßnahme deutlich mache, sondern darüberhinaus eine Begründung von ihr verlangt dahingehend, auf Grund welcher Erwägungen sie von ihrem Ermessen in diesem und nicht in einem anderen Sinne Gebrauch gemacht habe[183]. Eine derart weitgehende auch auf den Ermessensspielraum selbst sich erstreckende Begründungspflicht ist aber ganz zu verwerfen. Sie hat zur Folge, daß die Güte der Verwaltung sich nicht nach ihren Taten, nach der Einsicht und Entschlußkraft des Beamten richtet, sondern nach der Güte der Begründung und damit nach den dialektischen Fähigkeiten des Verwalters: das zeigt sehr instruktiv die oben (II 1 d) wiedergegebene in Jahrb. 29, 247 f. abgedruckte Entscheidung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts. Der in solchen Künsten nicht bewanderte Beamte wird ängstlich, geschäftsunfreudig und arbeitsunlustig, wenn er sich für jede

[182] vgl. G. Jellinek, System, S. 132; W. Jellinek, Gesetz usw. S. 342 N. 18; Tezner, das freie Ermessen, S. 46, 55 f.

[183] Das preußische OVG. ist hier sehr zurückhaltend: vgl. Friedrichs, PVG. § 44, Erl. 4 und preuß. OVG. im RVBl. 1935, S. 579. Sehr weit geht, wie oben II 1 d dargelegt, das sächsische OVG.

Maßnahme, die so oder so beurteilt werden kann, rechtfertigen soll und das Gericht ihm schließlich noch mangelnde Sorgfalt zum Vorwurf macht. In Zukunft wird er sich hüten, eine dem einzelnen ungünstige Maßnahme zu treffen; denn ein solches Vorgehen hätte Weiterungen zur Folge, die er durch ein Nichteinschreiten oder durch begünstigende Maßnahmen leicht verhindern kann[184]. Das gilt schon dann, wenn das Gericht das Ergebnis der Zweckmäßigkeitserwägungen selbst unangetastet läßt, sich also mit einem gewissen Formalismus der Entscheidung begnügt. Diese Gefahr wird aber besonders akut, wenn im Endergebnis die behördlichen Maßnahmen mehr und mehr der gerichtlichen Kontrolle unterstellt werden, wenn das Gericht also unter der Bezeichnung „Ermessenskontrolle" schließlich sein eigenes Ermessen walten läßt. Dem nähert sich das sächsische Oberverwaltungsgericht, wenn es der Behörde ihren Gedankengang vorschreibt und eine Begründung verlangt, falls die Entscheidung trotzdem anders ausfallen sollte, als es dem Gericht plausibel erscheint. Der Gemeinderat, gegen den das oben (II 1 b) wiedergegebene Urteil ergangen ist, wird wohl nie wieder einen Diensthund zur Hundesteuer herangezogen haben; vielleicht hat aber die Gemeinde die fragliche Bestimmung überhaupt aufgehoben, weil sie sich ihre Freiheit auch durch eine von keiner sachlichen Voraussetzung beengte Ermessensvorschrift nicht hatte sichern können. Da also — von besonders gelagerten Fällen abgesehen — innerhalb des Ermessensspielraums eine Begründungspflicht immer von Schaden ist, entfällt auch schon aus diesem praktischen Grunde die Berechtigung einer Kontrolle der von den Verwaltungsbehörden angestellten Erwägungen.

Ebenso problematisch wie die bisher behandelten Ermessensgrenzen sind diejenigen, welche das Vorgehen der Verwaltungsorgane gewissen äußeren Richtlinien unterwerfen wollen (vgl. II 2). Soweit ihre praktische Verwertbarkeit nicht überhaupt sehr zweifelhaft ist, fordern sie die Einhaltung von Grundsätzen und Formen, die sich oft recht plausibel anhören mögen, aber im Einzelfall leicht den Bedürfnissen einer guten, schnell arbeitenden Verwaltung zuwiderlaufen.

Mag also die Ermessenskontrolle sich mehr oder weniger weit erstrecken, sie hat jedenfalls immer eine Hemmung der behördlichen Initiative zur Folge. Der mit ihr verfolgte Zweck, die Moral und Sachlichkeit der Verwaltung zu wahren und so den einzelnen als Glied der Gemeinschaft vor innerlich nicht gerechtfertigten Eingriffen zu schützen, wird sicher in manchen Fällen erreicht. Aber viel häufiger wird das Gericht Verwaltungsakte aufheben, weil es infolge seiner Distanz von den tatsächlichen Verhältnissen der besonderen Lage des Einzelfalls nicht gerecht zu werden vermag oder weil die Behörde lediglich bei der Begründung ihrer Maßnahme fehlgegriffen hat. Das Gericht, das eine Anordnung wegen eines subjektiven Fehlers der erlassenden Behörde aufhebt, greift damit der Entscheidung der zuständigen Verwaltungsinstanzen über die objektive Zweckmäßigkeit der Maßnahme vor. Durch die Ermessenskontrolle wird weiterhin die vom Gesetzgeber vorgenommene Grenzziehung zwischen der

[184] vgl. Hofacker, S. 259.

Zuständigkeit der Gerichte und der Behörden verwischt[185]. Da der Beamte nicht überblicken kann, wieweit das Gericht im einzelnen Falle seine Prüfung erstrecken wird, muß bereits die Möglichkeit einer Ermessenskontrolle zu einer Hemmung der Entschlußkraft der Verwaltungsorgane führen. Der Bereich des freien Ermessens bietet den höchsten Verwaltungsstellen in ganz besonderem Maße die Möglichkeit, auf ihrem Tätigkeitsbereiche den Bestrebungen der politischen Führung zum Durchbruch zu verhelfen; wenn daher die Gerichte, die schon wegen der Beschränkung ihrer Aufgaben auf die Rechtsfindung häufig über die jeweiligen politischen Zielsetzungen nicht hinreichend unterrichtet sein werden, durch eine Ermessenskontrolle der Entscheidung der zuständigen Aufsichtsinstanzen vorgreifen, so kann es leicht zu einer Hemmung der Politik der Regierung kommen.

Eine Ermessenskontrolle mußte aus den dargelegten Gründen schon vor der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus für unzulässig betrachtet werden. Es hat deshalb auch früher schon nicht ganz an einer Kritik gegen die Ermessenskontrolle gefehlt[186]. Überwiegend haben sich jedoch Rechtsprechung und Literatur für ihre Zulässigkeit ausgesprochen. Im neuen Staat hat die Ermessenskontrolle vollends keine Berechtigung mehr. Die Lehre von der Zulässigkeit der Ermessenskontrolle ist ausschließlich ein Erzeugnis der liberalen Staatsauffassung. Sie beruht einesteils auf der individualistischen Grundhaltung des Liberalismus, zum anderen auf dessen rationalistischer Einstellung, die an die abstrakte Gesetzförmigkeit des Lebens glaubt, „nur das Generelle sieht und alles Besondere, Eigentümliche auf allgemeine Gesetze und Begriffe zu reduzieren unternimmt“[187]. Man sah in dem freien Ermessen die vernunftwidrige regellose Freiheit, die einer normativen Betrachtungsweise zu unterwerfen war und verkannte dabei, daß das Ermessen keine normative Regelung verträgt, daß ihm durch die Aufstellung allgemeiner Richtlinien Gewalt angetan wird. Das freie Ermessen ist eine Rechtseinrichtung, dem die Freiheit von einer Kontrolle durch nicht unmittelbar im Verwaltungsorganismus stehende Instanzen wesentlich ist, soll es nicht unter künstlichen Eingriffen Not leiden und verkümmern[188]. „Die Ausübung der Ermessenskontrolle durch Verwaltungsgerichte ist eine Überspannung ihrer Aufgaben, wegen der sich die Verwaltung mit der Zeit doch irgendwie durch Verengerung des Bereichs der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu rächen pflegt, so daß es also das bessere ist, den Verwaltungsgerichten keine Ermessenskontrolle zuzuweisen“[189]. Wenn die Verwaltung früher in der Verwaltungsrechtsprechung teilweise eine Hemmung erblickt hat[190] und diese Anschauung auch heute noch nicht völlig geschwunden sein sollte, so beruht dieser Gegensatz in erster Linie auf den Einbrüchen der Gerichte in das Gebiet des freien Ermessens. Die Ermessenskontrolle kann deshalb auch nicht unter neuen Gesichtspunkten im heutigen Staate beibehal-

185 Bühler, Die subj. öfftl. Rechte, S. 209.
186 Vgl. zu Beginn dieses Abschnitts.
187 Scheuner im Arch. öff. R. NF. Bd. 24 (1934), S. 186 ff.
188 Hofacker, S. 259.
189 Bühler im RWBl. 1930, S. 79.
190 Vgl. Koellreutter im Arch. öff. R. NF. Bd. 9, S. 258.

ten werden. Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat bereits einmal in unserem Sinne zu dieser Frage Stellung genommen: Durch § 297 AO. i. d. F. des St. Anp. G. vom 16. Oktober 1934 ist jetzt die Zuständigkeit des Reichsfinanzhofs bei Ermessensentscheidungen ausdrücklich auf die Nachprüfung beschränkt, ob die Entscheidung sich in den Grenzen hält, die das Gesetz dem Ermessen zieht[191].

Eine Ermessenskontrolle ist daher heute in vollem Umfang unzulässig. Man kann nicht etwa einzelne Ermessensmängel anerkennen und die anderen verwerfen (= numerus clausus der Ermessensmängel): wer auch nur einen dieser Grundsätze billigt, begibt sich damit der Möglichkeit, die Berechtigung der übrigen Ermessensmängel mit zwingenden Gründen abzulehnen. Wenn eine Lehre derart in der Luft schwebt wie die von den Grenzen des freien Ermessens, dann ergibt sich notwendig die Folge, daß niemand mehr den anderen über die Grenzen der Grenzen zu überzeugen vermag und daß ein solch uneinheitliches Bild entsteht, wie unsere Ausführungen über die Ermessenskontrolle aufgezeigt haben[192].

Gegen diese Gesichtspunkte muß auch das Interesse des einzelnen an gerichtlichem Schutz zurücktreten. Nun sind aber gerade auf dem Gebiete des freien Ermessens Fehler der Behörden (Nachlässigkeiten und sonstige Pflichtwidrigkeiten) viel leichter möglich als dort, wo der Gesetzgeber eine eindeutige Regelung getroffen hat. Hier bietet die förmliche Beschwerde an die vorgesetzte Behörde regelmäßig die Gewähr dafür, daß ein solcher Fehler im einzelnen Fall wieder rückgängig gemacht wird. Der weitere Ausbau der förmlichen Beschwerde zu einer allgemeinen Voraussetzung der Anfechtungsklage wird sich empfehlen, da anderenfalls die Verwaltungsgerichte, wenn an sie Verfügungen mit ganz offenbaren Ermessensmängeln herangebracht werden, einer Ermessenskontrolle kaum Widerstand zu leisten vermögen[193]. Aber auch dann noch wird für die Verwaltungsgerichte manchmal die Versuchung groß sein, einen Akt wegen eines Ermessensmangels aufzuheben. Damit läßt sich aber die Zulassung der Ermessenskontrolle keineswegs rechtfertigen. Es hat vielmehr folgendes zu gelten: Wenn die von der Behörde vorgebrachten Gesichtspunkte die gesetzlichen Voraussetzungen der Maßnahme nicht erfüllen, so hat das Gericht die angegebenen Gründe zu verwerfen und das Vorliegen der Voraussetzungen von neuem zu erforschen (Konversion). Hat die Behörde jedoch, nur innerhalb ihres Ermessensspielraums unrichtige Erwägungen

---

191 Vgl. unten 3. Teil B. Es ist unerfindlich, wie Scholz, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 74, N. 20 in dieser Bestimmung eine Stellungnahme des Gesetzgebers im Sinne der Zulässigkeit der Ermessenskontrolle erblicken kann.

192 Andersen, S. 246 spricht von einem „bunten Wirrwarr". Peters, S. 484, gibt zu, daß die Stellungnahme der Literatur zu den Ermessensmängeln bisher so stark auseinanderlaufe, daß eine Verwertung durch die Rechtsprechung nicht möglich sei.

193 so auch von Köhler, S. 280; Scholz, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 104. Hofacker, S. 248, spricht gerade die Rechtsgebiete, in denen eine Verfügung unmittelbar durch Klage beim Verwaltungsgericht anfechtbar war, als eigentliche und ursprüngliche Nährböden für die Ermessenskontrolle an.

angestellt, so muß das Gericht den Akt stehen lassen; es bleibt ihm jedoch unbenommen, seine Zweifel zum Ausdruck zu bringen und den Kläger mit seinen Einwendungen insoweit auf den Aufsichtsweg zu verweisen[194]. Auf diese Weise trägt auch das Gericht zur Verwirklichung des Rechtes in der Ermessenssphäre bei, denn die Aufsichtsbehörde wird sich in einem solchen Fall veranlaßt fühlen, den Einwänden des Gerichtes entweder durch Aufhebung der Maßnahme oder durch eine stichhaltige Begründung Rechnung zu tragen.

Wenn somit innerhalb des Ermessensbereiches auch eine Ermessenskontrolle unzulässig ist, so kann sich doch aus anderen Rechtsgrundsätzen, insbesondere aus Treu und Glauben, eine Einschränkung des behördlichen Ermessens ergeben. Man darf aber dem auch im öffentlichen Recht anerkannten Satz, daß die Ausübung einer Befugnis nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf[195], nicht eine derart uferlose Ausdehnung geben, daß aus ihm die Zulässigkeit der Ermessenskontrolle in ihrem bisherigen Umfang hergeleitet werden kann[196]. Der Grundsatz muß vielmehr auf ganz konkrete Vertrauensstellungen beschränkt bleiben, und man darf aus ihm nicht Richtlinien folgern, die nicht gleichzeitig dort Geltung haben, wo die Gerichte schon an sich zu einer Kontrolle befugt sind.

194 Vgl. etwa preuß. OVG. im RVBl. 1935, S. 79.
195 Vgl. Schüle im Verw.-Arch. Bd. 38, S. 399 ff.; 39, S. 1 ff.
196 so W. Jellinek im RVBl. 1931, S. 806: „Jedes Gesetz setzt stillschweigend voraus, daß es so verstanden und gehandhabt werde, wie man dies anständigerweise erwarten kann".

Dritter Teil:

Das Ermessen in der Steuerverwaltung.

In der Steuerverwaltung wird das Ermessen weitergehend als in den übrigen Verwaltungszweigen durch gesetzliche Bindungen verdrängt. Für die Steuerverwaltung galt in der Vorkriegszeit wenigstens für die materiellen Steuerpflichten annähernd lückenlos der Grundsatz, daß Voraussetzungen und Inhalt einer jeden behördlichen Maßnahme eindeutig durch das Gesetz unter Ausschaltung jeglichen Ermessens der Behörde zu bestimmen seien. In der Gesetzgebung der Nachkriegszeit ist jedoch auch den Steuerbehörden häufig ein weiter Ermessensspielraum gegeben. Das gilt insbesondere von den zahlreichen Bestimmungen, die vorschreiben, daß die Finanzbehörden im Einzelfall eine Vergünstigung gewähren oder eine sonstige Anordnung treffen *können*[197]; besonders weitgehendes Ermessen ist den Behörden bei der Handhabung der Verfahrensvorschriften gewährt; auch im Steuerrecht kann den Behörden durch unbestimmte Gesetzesbegriffe ein Ermessensspielraum eröffnet sein (unten C) usw. Das Ermessen in der Steuerverwaltung verdient gegenwärtig besondere Beachtung; denn im Steuerrecht hat die nationalsozialistische Gesetzgebung sich bereits mit dem Ermessen und seiner Nachprüfung durch die Gerichte ausdrücklich befaßt. Da solche grundlegenden Gesetze des neuen Staates als Ausdruck des Willens der politischen Führung auch auf anderen Rechtsgebieten für die Handhabung der Gesetze grundlegende Bedeutung besitzen, ist heute gerade das Steuerrecht geeignet, neue Erkenntnisse zu dem Problem des freien Ermessens überhaupt und insbesondere auch zu der Frage der Ermessenskontrolle zu vermitteln.

A: Das Ermessen der Steuerverwaltung vor Inkrafttreten des Steueranpassungsgesetzes vom 16. Oktober 1934.

I. Die gesetzliche Regelung.

Der Reichsfinanzhof ist durch die §§ 288, 302 AO. 1931 auf die Prüfung beschränkt,

1. ob die angefochtene Entscheidung auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechts oder einem Verstoße wider den klaren Inhalt der Akten beruhe,
2. ob das Verfahren an wesentlichen Mängeln leide.

[197] Vgl. etwa § 48 EStG. 1934 (Besteuerung nach dem Verbrauch).

Auch dem Reichsfinanzhof ist somit eine Nachprüfung des freien Ermessens der Steuerbehörden verwehrt. Das steuerliche Ermessen war aber bisher ganz allgemein gesetzlichen Beschränkungen unterworfen. Die Reichsabgabenordnung 1931 bestimmte in § 11:

> Wo im Sinne des Gesetzes die Behörden die Entscheidung nach freiem Ermessen zu treffen haben, hat sie nach Recht und Billigkeit zu erfolgen.

Dadurch wurde die Frage, ob eine Ermessensentscheidung sich in den Grenzen von Recht und Billigkeit hielt, der Nachprüfung durch den Reichsfinanzhof unterworfen. An diesem Rechtszustand änderte sich auch nichts durch § 297 AO. 1931, wonach der Reichsfinanzhof bei Ermessensentscheidungen nur zu prüfen hatte, ob die Entscheidung sich innerhalb der vom Gesetz gezogenen rechtlichen Grenzen hielt; denn auch § 11 AO. stellte eine solche gesetzliche Ermessensschranke auf.

Im Geltungsbereich des § 11 AO. 1931[198] war also ein im Sinne des liberalen Verwaltungsrechts wirklich *freies* Ermessen der Steuerbehörden nicht gegeben. Da es sich bei dem Begriff der *Billigkeit* um einen Rechtsbegriff, einen objektiven Maßstab für die Ermessensausübung der Behörde handelt[199], stand ihnen bisher nur ein gebundenes Ermessen zu; nur in den durch die Billigkeit gezogenen Schranken war den eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen der Steuerbehörden Spielraum gelassen[200] und nur in diesem Rahmen war deshalb auch ihre Entscheidung der gerichtlichen Nachprüfung entzogen.

II. Die Ermessenskontrolle des Reichsfinanzhofs auf Grund des § 11 AO. 1931.

1. Durch § 11 AO. 1931 war dem Reichsfinanzhof eine Handhabe geboten, im Sinne der damaligen Rechtsstaatsidee seine Nachprüfungsbefugnis gegenüber der Steuerverwaltung auch bei Ermessensentscheidungen außerordentlich weit auszudehnen. Er leitete aus dieser Vorschrift den Grundsatz her, daß im Bereich der ganzen Steuerverwaltung — nicht nur bei Ermessensentscheidungen — Recht und Billigkeit und die Gedanken der Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit Geltung beanspruchen könnten. Der Reichsfinanzhof hat den § 11 AO. 1931 häufig bei der Auslegung gesetzlicher Vorschriften und behördlicher Maßnahmen herangezogen[201]. In manchen Entscheidungen, in denen das Gericht auf § 11 AO. Bezug nimmt, kann es zweifelhaft erscheinen, ob der Reichsfinanzhof der Behörde einen an die Grenzen von Recht und Billigkeit gebundenen Ermessensspielraum zuerkennen oder ob er in Wirklichkeit das Ermessen der Behörde durch im Wege der Auslegung aus der ermächtigenden Norm

198 Über den Anwendungsbereich des § 11 AO. vgl. Hensel, S. 125 ff.; Bühler, Steuerrecht, S. 69 f.; Wacke, S. 131 f.

199 Auch die übrigen Verwaltungsgerichte sahen in dem Begriff des „billigen Ermessens" einen Rechtsbegriff; vgl. preuß. OVG. 88, 249.

200 Vgl. Becker, AO. § 6, Anm. 3; Bühler, Steuerrecht, S. 69; W. Jellinek, VR. S. 31.

201 Vgl. etwa RFH. 19, 331; 22, 335; 23, 154; 30, 311; 31, 45, 226; 35, 311.

zu gewinnende materiellrechtliche Voraussetzungen einschränken wollte[202]. Der Reichsfinanzhof entnahm ferner aus § 11 AO. den Grundsatz, daß sowohl die Behörde als der Steuerpflichtige zur Ausübung ihrer Rechte nur in dem durch Treu und Glauben gezogenen Rahmen befugt seien. Bei der Nachprüfung von Ermessensentscheidungen brauchte der Reichsfinanzhof deshalb nicht auf die Frage einzugehen, ob im Einzelfall ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorlag. Er brauchte auch nicht dazu Stellung zu nehmen, ob eine unrichtige Handhabung des Ermessens im Sinne der verwaltungsrechtlichen Ermessenskontrolle gegeben war: denn bei diesen Mängeln handelte es sich jeweils um Erscheinungsformen des umfassenden Grundsatzes, daß Ermessensentscheidungen nach Recht und Billigkeit zu treffen waren.

2. Die Bestimmung des § 11 AO. ermöglichte es dem Reichsfinanzhof, Ermessensentscheidungen aufzuheben, weil sie ihm ihren Inhalt nach als unbillig erschienen. Er war nicht wie die meisten anderen deutschen Verwaltungsgerichte darauf beschränkt, formelle Grundsätze für die Handhabung des Ermessens aufzustellen oder vage objektive Zweckgrenzen des freien Ermessens zu konstruieren. Der Reichsfinanzhof folgerte aus § 11 AO. zunächst, daß die Behörde für die Ausübung ihres Ermessens eine Begründung zu geben habe, da nur so ein billiger Ausgleich zwischen Einzel- und Allgemeininteresse sich finden lasse[203]. Damit hatte er sich eine Grundlage geschaffen, auf der er seine Ermessenskontrolle aufbauen konnte.

a) Der größte Teil der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs zu § 11 AO. befaßt sich mit der Frage, ob und wann eine Ermessensentscheidung inhaltlich als unbillig anzusehen ist. Dabei hat das Gericht zuweilen sehr eingehende Richtlinien für die Ausübung des behördlichen Ermessens aufgestellt. Es hat die Befugnisse der Steuerbehörden im Steuerermittlungsverfahren, bei der Handhabung der Steueraufsicht usw. weitgehenden Beschränkungen unterworfen. So führt der Reichsfinanzhof in der Entscheidung Bd. 25 S. 135 über die Grenzen der Steueraufsicht aus: „Der VI. Titel des III. Abschnitts der AO., der von der Steueraufsicht handelt, gibt keine nähere Begriffsbestimmung, worin das Wesen der Steueraufsicht besteht und wo ihre Grenzen sind. Die AO. unterläßt es vorzuschreiben, welche Steueraufsichtsmaßnahmen überhaupt zulässig sind. Grundsätzlich wird die Steueraufsicht der Eigenart der in Betracht kommenden Steuerart angepaßt werden müssen. Die AO. überläßt die Regelung der Steueraufsicht im einzelnen daher den Ausführungsbestimmungen zu den einzelnen Steuergesetzen und gibt für den Erlaß solcher Bestimmungen nur bestimmte Richtlinien (§ 193 AO. 1919). Die Grenzen der Steueraufsicht werden grundsätzlich da liegen, wo es sich nicht mehr um Maßnahmen im Rahmen der Besteuerung und insbesondere der Steuersicherung handelt. Die Steueraufsicht steht grundsätzlich unter § 6

[202] Vgl. dazu Becker in StW. 1935, Sp. 921. Der RFH. hat zu dieser Unterscheidung kaum jemals Stellung genommen; vgl. aber RFH. 22, 286.

[203] RFH. 32, 366 ff.; vgl. auch Bühler, Steuerrecht, S. 331. Dieser für die Anerkennung einer Begründungspflicht maßgebende Gesichtspunkt ist heute natürlich überholt.

AO. 1919 (§ 11: 1932). Diese Vorschrift ist aber verletzt, wenn im Einzelfall die Duldung oder Erfüllung einer Steueraufsichtsmaßnahme nach Recht und Billigkeit der der Steueraufsicht unterliegenden Person nicht zugemutet werden kann". Unter diesen Gesichtspunkten hat der Reichsfinanzhof gefordert, daß die mit einer Steueraufsichtsmaßnahme verfolgten Zwecke von einigem Belang sein müßten[204], daß der Zweck der Maßnahme gegebenenfalls dem Steuerpflichtigen bekannt zu machen sei[205], daß das Finanzamt sich damit zufrieden geben müsse, wenn der Steuerpflichtige ihm seine Bücher vorlege, und daß es keine speziellen Angaben verlangen dürfe, wenn die Bücher hinreichenden Aufschluß gäben[206] usw.[207]. Das Gericht hat ferner Grundsätze aufgestellt für die Ausübung des den Finanzbehörden zustehenden Rechtes, gemäß den §§ 109, 115 AO. 1931 dritte Personen für eine Steuerschuld haftbar zu machen[208], ferner für die Zulässigkeit einer Berichtigungsveranlagung[209], einer Mindestbesteuerung gemäß § 10 des Körperschaftssteuergesetzes vom 10. August 1925[210], des Erlasses eines vorläufigen Steuerbescheides[211], der Verweigerung einer Nachsichterteilung[212], der Zulässigkeit von Zwangsmitteln[213], der Anordnung einer Sicherheitsleistung[214] usw.[215]. Da die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs zu § 11 AO. 1931 durch die gesetzliche Neuregelung überholt ist, erübrigt es sich, auf diese Grundsätze des näheren einzugehen[216]. Es sei nur noch darauf hingewiesen, daß aus § 11 AO. sogar eine rechtliche Bindung der Behörde an Verwaltungsanordnungen hergeleitet wurde. Der Reichsfinanzhof verlangte zunächst, daß die Behörden bei der Anwendung von Verwaltungsvorschriften wegen der beschränkten Nachprüfbarkeit ihrer Entscheidung im Rechtsmittelwege eine besonders eingehende Prüfung der in Frage kommenden Gesichtspunkte vorzunehmen hätten[217]. In der Entscheidung Bd. 29 S. 135

---

204 RFH. 33, 260.
205 RFH. 8, 4; 13, 18; 25, 241.
206 RFH. 10, 350.
207 Vgl. etwa noch RFH. 12, 204; 15, 70; 17, 82; 25, 242.
208 StW. 1930, Nr. 1038 (nur ein grobes Verschulden des Vertreters des Steuerpflichtigen reicht hin, um seine Inanspruchnahme zu rechtfertigen); RFH. 20, 201; 26, 311; 35, 128 usw.
209 RFH. 31, 341; 34, 191: Eine Berichtigungsveranlagung ist nur zulässig, wenn sich Tatsachen herausstellen, die von einigem Gewicht sind. In StW. 1936, Nr. 52 führt der RFH. diese Einschränkung des behördlichen Ermessens auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurück; das sächsische OVG. spricht in Jahrb. 39, 108 in einem ähnlichen Fall von einem für das ganze Recht geltenden Grundsatz, daß über Kleinigkeiten hinwegzusehen sei: wir haben hier also ein Beispiel für die Flüssigkeit der Grenzen zwischen einer Auslegung des Gesetzes und einer Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben und von Recht und Billigkeit. Vgl. ferner RFH. 30, 227; 37, 109.
210 RFH. 32, 90, 221.
211 RFH. 12, 30; 20, 2.
212 RFH. 32, 193.
213 RFH. 13, 119.
214 RFH. 12, 184.
215 Vgl. ferner RFH. 29, 302; 32, 348; 33, 18, 50, 160.
216 Man vgl. hierzu insbesondere die Zusammenstellung der Judikatur bei Becker, AO. zu § 6 und die Ausführungen von Hensel, a.a.O.
217 RFH. 18, 136.

führt er weitergehend aus: wenn „Verwaltungsverordnungen bestehen in Fällen, in denen eine Ermessensentscheidung in Frage kommt, erfordert es regelmäßig die Billigkeit einer gleichmäßigen Behandlung der Steuerpflichtigen (§ 11 AO.), daß ein dem Steuerpflichtigen günstiger Erlaß nicht ohne besonderen Anlaß in einem Falle angewendet und im anderen Falle zum Nachteil des Steuerpflichtigen außer Acht gelassen wird". Auf dem Umwege über § 11 AO. war also für den Steuerpflichtigen sogar ein subjektives Recht auf Anwendung von Verwaltungsverordnungen zur Entstehung gebracht.

Der Reichsfinanzhof war auf Grund des § 11 AO. in Wirklichkeit lediglich befugt, eine Ermessensentscheidung daraufhin nachzuprüfen, ob sie sich in den durch Recht und Billigkeit gezogenen Grenzen hielt, ob sie also keine unbilligen Anforderungen stellte. Es durfte jedoch nicht innerhalb dieser Grenzen sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Behörde setzen[218]. Der Reichsfinanzhof war daher nur berechtigt, nachzuprüfen, ob die Ermessensentscheidung unter den besonderen Umständen des einzelnen Falls gegen das Gebot der Billigkeit verstieß, nicht jedoch konnte er unter Berufung auf § 11 AO. das Ermessen der Behörden ganz allgemein über die gesetzliche Regelung hinausgehenden Beschränkungen unterwerfen. Diese seinem Prüfungsrecht gesetzte Schranke hat der Reichsfinanzhof aber häufig nicht eingehalten[219]. Ein Beispiel hierfür bildet die in St. W. 1930 unter Nr. 1038 wiedergegebene Entscheidung, die sich mit der Zulässigkeit der Haftbarmachung eines Vertreters für Steuerschulden des Vertretenen befaßt. Nach § 109 AO. 1931 haftet ein Vertreter insoweit persönlich neben dem Steuerpflichtigen, als durch schuldhafte Verletzung der ihm auferlegten Pflichten Steueransprüche verkürzt worden sind. In der angegebenen Entscheidung führt der Reichsfinanzhof aus, daß von dem hiernach eingeräumten Ermessen nur bei grobem Verschulden des Vertreters Gebrauch gemacht werden dürfe. Damit stellt er aber eine allgemeine Schranke für die Anwendung des § 109 AO. 1931 auf, die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden war[220]. Der Reichsfinanzhof mußte vielmehr richtigerweise davon ausgehen, daß grundsätzlich jedes Verschulden des Vertreters zu seiner Haftbarmachung berechtigte; von dieser Regel durfte er auf Grund des § 11 AO. nur dann abweichen, wenn im einzelnen Fall besondere und außergewöhnliche Billigkeitsgründe vorlagen[221]. Derartige Entscheidungen bezweckten wohl weniger die Vermeidung von Unbilligkeiten als die Herbeiführung einer möglichst gleichmäßigen Handhabung des behördlichen Ermessens. Dazu war aber § 11 AO. nicht bestimmt.

---

[218] so Becker, AO., § 6, Anm. 5 und RFH. 33, 263.

[219] vgl. Becker, AO. § 6, Anm. 5; Nieberl, § 11, Erl. 2 a. E.

[220] Das gleiche gilt z. B. von dem in der Entscheidung StW. 1927, Nr. 155 aufgestellten Grundsatz, daß von einer Besteuerung nach dem Verbrauch gemäß § 49 ESt G. 1925 abzusehen sei, wenn der Verbrauch 15 000 RM nur unwesentlich überschreite.

[221] Becker bemerkt in StW. 1935, Sp. 921, daß die Stellungnahme des Gerichts sich dann rechtfertigen ließe, wenn § 109 AO. aus materiellrechtlichen Gründen dahin ausgelegt werde, daß die Haftung des Vertreters ein grobes Verschulden voraussetze.

b) Auch die in der verwaltungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung herausgebildeten Ermessensmängel finden sich in den Entscheidungen des Reichsfinanzhofs wieder. Besonders der Ermessensfehler der Unsachlichkeit spielt in seiner Rechtsprechung eine gewisse Rolle, ohne daß er allerdings größere praktische Bedeutung erlangt hätte[222]. In der Entscheidung Bd. 20 S. 128 lehnt der Reichsfinanzhof sogar die Prüfung der Motive des Vorsitzenden eines Finanzgerichts, der eine Beweisaufnahme durch eine ersuchte Behörde angeordnet hatte, mit der Begründung ab, daß nur eine offensichtliche Ermessensüberschreitung genüge und eine solche nicht gegeben sei.

B: Das Ermessen der Steuerverwaltung nach dem StAnpG. vom 16. Oktober 1934.

Das St.Anp.G. vom 16. Oktober 1934 hat eine grundlegende Änderung dieses Rechtszustandes herbeigeführt. Sein § 2 lautet:

(1) Entscheidungen, die die Behörden nach ihrem Ermessen zu treffen haben (Ermessens-Entscheidungen), müssen sich in den Grenzen halten, die das Gesetz dem Ermessen zieht.
(2) Innerhalb dieser Grenzen sind Ermessens-Entscheidungen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit zu treffen.
(3) Fragen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung zu beurteilen.

Durch § 21 Nr. 30 St.Anp.G. hat § 297 AO. folgende Fassung erhalten:

(1) Richtet sich die Rechtsbeschwerde gegen eine Ermessens-Entscheidung, so hat der Reichsfinanzhof zu prüfen, ob sich die Ermessensentscheidung in den Grenzen hält, die das Gesetz dem Ermessen zieht.
(2) Ist dies der Fall, so hat der Reichsfinanzhof die Ermessens-Entscheidung auf ihre Billigkeit und Zweckmäßigkeit hin nur dann nachzuprüfen, wenn er nach Aufhebung der angefochtenen Entscheidung selbst entscheidet (§ 296 Abs. 3).

Die Steuerbehörden haben also ihr Ermessen stets so zu handhaben, wie es nach nationalsozialistischer Weltanschauung billig und zweckmäßig erscheint. Diese Schranken sind zwar rechtliche, nicht aber, wie sich aus § 297 Abs. 2 AO. ergibt, gesetzliche Ermessensgrenzen. Der Reichsfinanzhof hat somit nicht zu prüfen, ob eine Ermessensentscheidung den

[222] In RFH. 25, 241 ff. hebt das Gericht eine Anordnung, die einer Bank die Vorlegung von Depotbüchern aufgab, auf, weil der in der Verfügung angegebene Zweck, mit Hilfe der Bücher Feststellungen gegen andere Personen zu treffen, unzulässig sei und auch die übrigen in der Begründung angegebenen Gründe die Maßnahme nicht rechtfertigen könnten. In RFH. 29, 248 f. erklärt es die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Finanzgericht für unwirksam, weil nicht die grundsätzliche Bedeutung der Streitsache, sondern Billigkeitserwägungen für diese Entscheidung maßgebend gewesen seien. — In gelegentlichen Bemerkungen befaßt sich der RFH. mit diesem Ermessensfehler u. a. in RFH. 8, 4; 21, 7; 25, 119.

in § 2 St. Anp. G. aufgestellten Grundsätzen gerecht wird; er kann eine Maßnahme nur aufheben, wenn sie gegen sonstige gesetzliche Vorschriften verstößt. Insoweit ist also Klarheit geschaffen. Die Zweifel beginnen erst bei der Frage, was unter den „gesetzlichen" Grenzen, von denen § 297 AO. spricht, zu verstehen ist.

Der Reichsfinanzhof hat in den Entscheidungen Bd. 37 S. 316 und Bd. 38 S. 99 die Grenzen seines Prüfungsrechtes wie folgt bestimmt: „Seit dem 1. Januar 1934 kann das Gericht eine Entscheidung, die nach freiem Ermessen zu treffen war, nur aufheben, wenn die Vorbehörden zu Unrecht angenommen oder verkannt haben, daß das Gesetz ihrem Ermessen Spielraum läßt". Mit diesem Grundsatz hat der Reichsfinanzhof zum Ausdruck gebracht, daß auch er einen Irrtum über die gesetzlichen Grenzen des freien Ermessens nicht als einen Ermessensfehler, sondern als eine gewöhnliche Rechtswidrigkeit ansieht (vgl. oben 2. Teil B. I 1). Die wiedergegebenen Entscheidungen erwecken weiterhin den Anschein, als ob der Reichsfinanzhof hier auch die Zulässigkeit einer Ermessenskontrolle verneinen wollte. In manchen späteren Urteilen hat das Gericht jedoch abweichende Grundsätze aufgestellt. Auch in der Literatur wird häufig die Ansicht vertreten, daß der Reichsfinanzhof berechtigt sei, Ermessensentscheidungen auf das Vorliegen einer Ermessensüberschreitung oder eines Ermessensmißbrauchs zu prüfen, da es sich hier gleichfalls um aus § 1 St. Anp. G. herzuleitende „gesetzliche" Grenzen des Ermessens handele[223]. Es bedarf daher zunächst eines Eingehens auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu der Frage der Ermessenskontrolle.

In der Mehrzahl der Entscheidungen beschränkt sich der Reichsfinanzhof auf die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen des Ermessensaktes und spricht daraufhin aus, daß eine Überschreitung der gesetzlichen Ermessensgrenzen nicht zu erkennen bzw. die behördliche Entscheidung zulässig oder seiner Nachprüfung gemäß § 297 AO. entzogen sei[224]. Diesen auf eine Verwerfung der Ermessenskontrolle hindeutenden Entscheidungen stehen jedoch abweichende Erkenntnisse gegenüber. In einem im RStBl. 1936 S. 260 veröffentlichten Urteil führt der 3. Senat des Reichsfinanzhofs u. a. aus: „Der Senat hat in einer Entscheidung vom 3. Oktober 1935 (RStBl. 1935 S. 1997) ausgesprochen, daß diese (gesetzlichen) Grenzen (des freien Ermessens) nicht ausdrücklich gezogen zu sein brauchen, sondern daß jedem Ermessen auch sachliche Grenzen gezo-

[223] Vgl. Ott, StW. 1935, Sp. 731, Zitzlaff; StW. 1937 Sp. 247 und Seweloh, StW. 1935, Sp. 1473 ff., dessen Argument, ohne Anerkennung der Ermessenskontrolle sei die Vorschrift des § 297 Abs. 2 AO. gegenstandslos, nicht stichhaltig ist: denn der RFH. kommt z. B. auch dann in die Lage, gemäß dieser Bestimmung nach freiem Ermessen zu entscheiden, wenn er eine behördliche Maßnahme aus dem Grunde aufgehoben hat, weil die Behörde sich des Umfanges des ihr zustehenden Ermessens nicht bewußt war. Gegen die Zulässigkeit einer Ermessenskontrolle hat sich bisher mehrfach Becker ausgesprochen: StW. 1935 Sp. 1201; 1936, Sp. 105 f.; 1937, Sp. 57. Ablehnend auch Wacke, S. 134 f.

[224] RFH. 39, 233 f.; in StW. 1935 Nr. 351, 394, 564; 1936 Nr. 174; im RStBl. 1936, S. 2, 538, 688; 1937, S. 359; 540.

gen sind, zum Unterschied von bloßer Willkür. Seweloh weist in StW. 1935 Sp. 1474 darauf hin, daß dem Ermessen solche Grenzen auch gezogen sein können durch den Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung des Gesetzes und durch die nationalsozialistische Weltanschauung, endlich auch durch die Verfahrensvorschriften, nach denen Verfahrensmängel oder Verstöße gegen den klaren Inhalt der Akten u. U. mit der Rechtsbeschwerde anfechtbar sind". Der Senat prüft dann weiterhin, ob die Behörde bei der Handhabung der Ermessensvorschrift des § 241 Abs. 2 AO.[225] gegen die Billigkeit verstoßen hatte, und er läßt es schließlich noch dahingestellt, ob aus dieser Ermessensvorschrift nicht dennoch in gewissem Umfang ein Rechtsanspruch (!) des einzelnen hergeleitet werden könne. Wir stellen also fest, daß der 3. Senat sich hier in weitem Umfang die Berechtigung zugesprochen hat, Ermessensentscheidungen auf die Einhaltung einer bestimmten objektiven Zweckgrenze und damit auch etwaige Ermessensüberschreitungen nachzuprüfen. — In der im RStBl. 1935 S. 1397 veröffentlichten Entscheidung befaßt derselbe Senat sich mit der Nachprüfung einer durch den Vorderrichter vorgenommenen Streitwertfestsetzung. Das Gericht erklärt es für nicht unzweifelhaft, ob eine Überschreitung der dem Ermessen der Behörde gezogenen sachlichen Grenze vorliege, da „die Streitwertfestsetzung offenbar von der falschen rechtlichen Voraussetzung ausgeht, daß Aufbringungsleistungen für die Bemessung des Streitwertes nicht zu berücksichtigen seien". Wenn es auch fraglich sein dürfte, ob die Bestimmung der Grundlagen der Streitwertfestsetzung überhaupt eine Ermessensfrage oder nicht ähnlich wie etwa beim Schätzungsermessen oder bei der Strafzumessung eine Rechtsfrage ist, so hat das Gericht hier doch jedenfalls seiner Bereitschaft Ausdruck gegeben, Ermessensentscheidungen gegebenenfalls auch auf die Berücksichtigung unrichtiger rechtlicher Gesichtspunkte nachzuprüfen. — Schließlich hält derselbe Senat es in dem im RStBl. 1936 S. 231 veröffentlichten Urteil für nötig, nach Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen einer Anordnung die Generalklausel anzuschließen, nach Lage der Akten könne keine Rede davon sein, daß das Verhalten der Vorbehörde reine Willkür darstelle. — Auch der 6. Senat hat zur Frage der Ermessenskontrolle bereits in bejahendem Sinne Stellung genommen. In der in StW. 1937 S. 359[226] veröffentlichten Entscheidung führt er u. a. aus: „Allerdings ist anzuerkennen, daß ein Urteil, das in Ermessensfragen gegen die nationalsozialistische Weltanschauung verstößt, sich nicht in den Grenzen hält, die das Gesetz dem Ermessen zieht. Dann muß aber der Verstoß gegen die nationalsozialistische Weltanschauung so klar zutage treten, daß ein Zweifel in dieser Beziehung nicht bestehen kann. Sonst würde die Einschränkung der Nachprüfung des Ermessens (§ 297 AO.) wieder aufgehoben werden". Damit hat der Senat so ziemlich alle Ermessensmängel seiner Kontrolle unterworfen, und es verbleibt nur die Frage, wie weit er im einzelnen Fall seine Prüfung

[225] Diese Zustimmung lautet: Auch sonst kann als Beteiligter zugezogen werden, wessen Interesse nach den Steuergesetzen durch die Entscheidung berührt wird . . .

[226] S. auch die frühere Entscheidung des gleichen Senats im RStBl. 1937, S. 107.

erstrecken wird. — Auch in der in StW. 1937 Nr. 6 abgedruckten Entscheidung, die zunächst auf eine Verwerfung der Ermessenskontrolle hinzudeuten scheint[227], bringt der 6. Senat wenn auch weniger klar zum Ausdruck, daß bei Ermessensentscheidungen sich die gerichtliche Nachprüfung auf die Einhaltung des § 1 St. Anp. G. und des aus ihm herzuleitenden Grundsatzes der Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit der Besteuerung zu erstrecken habe.

Wenn der Reichsfinanzhof mit den in diesen Entscheidungen aufgestellten Grundsätzen ernst macht — bisher bestand dazu noch keine Gelegenheit — so ist damit einer u. U. sehr weitgehenden Ermessenskontrolle Tür und Tor geöffnet. Die Entwicklung ist aber heute noch durchaus im Fluß. Die oben wiedergegebenen Urteile, die sich für die Zulässigkeit der Ermessenskontrolle aussprechen, rühren sämtlich vom 3. und 6. Senat des Reichsfinanzhofs her. Die übrigen Senate haben zu dieser Frage bislang einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen, wenn sie auch die Zulässigkeit einer Ermessenskontrolle noch nicht ausdrücklich verneint haben. Auch daraus, daß sie sich bei der Prüfung von Ermessensakten stets damit begnügt haben, das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen festzustellen, ist zu schließen, daß sie eine weitergehende Kontrolle nicht für zulässig erachten[228].

Der Reichsfinanzhof ist auf Grund der für seine Zuständigkeit geltenden Vorschriften ebensowenig zur Ausübung einer Ermessenskontrolle befugt wie die übrigen auf die Rechtskontrolle beschränkten Verwaltungsgerichte. Zwar ist anzuerkennen, daß der Reichsfinanzhof durch seine Handhabung des § 11 AO. viel dazu beigetragen hat, der Gerechtigkeit in der Steuerverwaltung zum Durchbruch zu verhelfen. Heute ist jedoch diese Aufgabe, soweit es sich um Ermessensfragen handelt; ihm abgenommen und ausschließlich auf die Steuerbehörden übertragen worden. Auch durch eine Ermessenskontrolle kann der Reichsfinanzhof eine gerechte Handhabung der Steuergesetze in der Ermessenssphäre nicht mehr gewährleisten. Der Vorteil, den die Möglichkeit bietet, ganz krassen Fällen mißbräuchlicher Ermessensausübung entgegenzutreten, würde durch die schädlichen Auswirkungen einer solchen Rechtsprechung bei weitem überwogen werden; auch hier sind die gleichen Gesichtspunkte maßgebend wie gegenüber der Ermessenskontrolle im übrigen Verwaltungsrecht. Hinzu kommt noch die besondere Gesetzeslage im Steuerrecht. Die Fassung des § 297 AO. läßt bei unbefangener Betrachtung nur den Schluß zu, daß der Gesetzgeber einen Unterschied machen wollte zwischen denjenigen Ermessensgrenzen, die in den einzelnen Gesetzen aufgestellt sind, und denjenigen, die sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere den Geboten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit ergeben. Daß hier zwischen dem Gesetz und dem Recht unterschieden wird[229], kann

[227] so faßt auch Becker in StW. 1937, Sp. 57 dies Urteil auf.

[228] so auch Wacke, S. 134 f.

[229] Eine ähnliche Regelung enthält die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935. Nach § 106 des Ges. soll durch die staatliche Aufsicht über die Gemeinden sichergestellt werden, daß sie im Einklang mit den Gesetzen und den Zielen der Staatsführung verwaltet werden. Auch hier ist, wie überwiegend anerkannt wird, als „Gesetz" nur diejenige Willensäußerung der politischen Führung zu verstehen, die auf dem

nicht befremden, wenn man sich das Ergebnis unserer Ausführungen über das Wesen des Ermessens und die Ermessenskontrolle vor Augen hält, daß nämlich die Durchsetzung des Rechtes im Ermessensbereich nicht Aufgabe der Gerichte sein darf, sondern im Interesse einer geordneten Verwaltung den Verwaltungsbehörden überlassen bleiben muß. Es geht deshalb nicht an, die Nachprüfung von Ermessensentscheidungen auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalsozialistischen Weltanschauung, die in der Spezialvorschrift des § 297 AO. in Verb. mit § 2 StAnpG. ausdrücklich für unzulässig erklärt ist, auf dem Umweg über die allgemeine Bestimmung des § 1 StAnpG. wieder einzuführen. Damit ist den Gerichten nicht etwa allgemein die Befugnis abgesprochen, eine behördliche Maßnahme daraufhin nachzuprüfen, ob sie mit dem Recht zu vereinbaren ist. Die gerichtliche Kontrolle erstreckt sich vielmehr grundsätzlich auf Gesetz und Recht: nur dort, wo nach dem Willen des Gesetzgebers freies Ermessen zu gewähren ist, hat das Gericht sich mit der Prüfung zu begnügen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten sind.

Eine der vordringlichsten Aufgaben des Reichsfinanzhofs besteht heute darin, das freie Ermessen von anderen rechtlichen Grundbegriffen abzugrenzen[230]. Da es früher im Ergebnis oft wenig ausmachte, ob im einzelnen Fall freies Ermessen in den Grenzen des § 11 AO. 1931 oder aber gesetzlich gewollte Eindeutigkeit anerkannt wurde, hat der Reichsfinanzhof zuweilen den Behörden freies Ermessen zugebilligt, wo die Durchführung dieses Standpunktes bei der heutigen Gesetzeslage zu unannehmbaren Folgerungen führen mußte[231]. Der Reichsfinanzhof wird daher jetzt zu der Abgrenzung des Ermessens von der gesetzlichen Eindeutigkeit[232], desgleichen zu der Frage, ob die in seinen Entscheidungen unter Hinweis auf § 11 AO. aufgestellten Grundsätze als materiellrechtliche Voraussetzungen des jeweiligen Gesetzes oder lediglich als Folgerungen aus § 11 AO. anzusehen sind, erneut Stellung nehmen müssen. Der Reichsfinanzhof hat ferner häufig bei der Begründung von Entscheidungen auf § 11 AO. verwiesen, wo er freies Ermessen in Wirklichkeit nicht anerkennen wollte: auch hier ist eine Klarstellung erforderlich. Schließlich bedarf es noch eines Ausbaues des gerade für das Steuerrecht wichtigen Grundsatzes von Treu und Glauben, dem früher bei Ermessensentscheidungen wegen der umfassenderen Vorschrift des § 11 AO. eine selbständige Bedeutung nicht zukam[233].

---

formellen Gesetzgebungswege zum Ausdruck gelangt ist und sich nicht in der Niederlegung eines ganz allgemeinen Rechtsgrundsatzes erschöpft. Denn würde man hier Recht und Gesetz gleichstellen, so wäre der Staat zu einer allgemeinen Ermessenskontrolle befugt und dann könnte von einem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden heute nicht mehr gesprochen werden. Vgl. Köttgen im Verw.-Arch. Bd. 41, S. 289; Weidemann, Ak. f. d. R. S. 461 f.

230 vgl. die Ausführungen unter A II 1.

231 vgl. etwa RFH. 32, 190 und dazu neuerdings RFH. im RStBl. 1936 S. 1202.

232 s. Zitzlaff, S. 247.

233 In RFH. 33, 296 ff. führt der Gerichtshof verschiedene Entscheidungen als Beleg für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben

C: Die unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs.

Auch das Steuerrecht kennt in weitem Umfang unbestimmte Gesetzesbegriffe[234]. Hierhin gehören z. B. die Begriffe „Leistungsfähigkeit", „unbillige Härte", „öffentliches Interesse" u. a. Für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit den Behörden durch solche Begriffe ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Bei der Feststellung der positiven Voraussetzungen der Steuerpflicht ist für ein Ermessen der Behörden kein Raum. Da unser Gerechtigkeitsempfinden hier eine unterschiedliche Behandlung der einzelnen nicht zuläßt, sind insoweit auch unbestimmte Begriffe so auszulegen, daß durch sie eine Bindung der Steuerverwaltung herbeigeführt werden soll und ihr Vorgehen daher in vollem Umfange der Nachprüfung der Gerichte unterliegt[235].

2) Eher schon kann der Behörde ein Ermessensspielraum gewährt sein bei Beantwortung der Frage, ob die an sich gegebene Steuerpflicht nicht durch besondere Umstände ausgeschlossen wird, ob also die Voraussetzungen einer die Steuerpflicht ausschließenden Bestimmung oder einer im übrigen zwingenden Befreiungsvorschrift vorliegen. So hält der Reichsfinanzhof sich zwar für berechtigt, in bestimmtem Umfang nachzuprüfen, ob eine Auswanderung den deutschen Interessen oder volkswirtschaftlich gerechtfertigten Gründen entspricht[236], ohne aber wohl eine eindeutige Bindung der Behörden durch diese Gesetzesbegriffe annehmen zu wollen. Auch hier bei dem Problem der unbestimmten Begriffe erweist es sich, daß es früher häufig im Ergebnis gleichgültig war, ob der Reichsfinanzhof im einzelnen Fall freies Ermessen in den Grenzen des § 11 AO. oder von vornherein nur einen beschränkten Ermessensspielraum anerkannte. Ein Beispiel möge dies verdeutlichen. Nach § 24 des Erbschaftssteuergesetzes vom 22. August 1925 ist bei der Berechnung des Erbanfalles ein der Arbeit und Dienstzeit angemessener Betrag abzuziehen, wenn der Erbe für den Erblasser bei dessen Lebzeiten Dienste ohne Barlohn geleistet und dadurch dem Erblasser eine fremde Arbeitskraft erspart hatte: der Reichsfinanzhof erklärt es für eine Frage des

---

an, die er zuvor ganz allgemein unter Hinweis auf § 11 AO gerechtfertigt hatte.

In StW. 1936 Nr. 52 erkennt der RFH. den Grundsatz von Treu und Glauben auch für Ermessensentscheidungen an und zieht aus ihm für die Berichtigungsveranlagung praktische Folgerungen; zu diesem Urteil vgl. Becker in StW. 1936, Sp. 105 f.

234 Vgl. dazu Bühler, Steuerrecht, S. 66 ff.; Hensel S. 82; Wacke, S. 123 f.

235 Auch in diesen Fällen kann sich allerdings eine Einschränkung des Prüfungsrechts des RFH. ergeben, wenn er die Frage, ob eine solche Voraussetzung gegeben ist, im wesentlichen als eine Frage der tatsächlichen Beurteilung ansieht: vgl. RFH. 29, 48; 33, 65. Das Gericht prüft dann als Revisionsgericht nur, ob die Vorbehörde zu ihrer Entscheidung kommen konnte, nicht, ob sie dazu gelangen mußte. Im Ergebnis kommt dies auf dasselbe heraus, als ob ein beschränkter Ermessensspielraum gegeben wäre.

236 RFH. 30, 73 ff.

freien Ermessens, wie hoch der Abzug unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu bestimmen sei, prüft dann die Entscheidung aber eingehend auf die Einhaltung der Grenzen des § 11 AO. nach[237]. In solchen Fällen muß der Reichsfinanzhof in Zukunft zu der Frage des Ermessens erneut Stellung nehmen, denn will er hier wirklich freies Ermessen anerkennen, so muß er sich heute jeder Prüfung enthalten; andernfalls wird er nicht mehr von einem „freien Ermessen", sondern nur noch von einem mehr oder minder großen „Ermessensspielraum" sprechen dürfen. Demgemäß führt der Reichsfinanzhof auch in einer in StW. 1935 Nr. 693 abgedruckten Entscheidung aus, die Frage, ob die steuerliche Leistungsfähigkeit durch besondere wirtschaftliche Verhältnisse wesentlich beeinträchtigt werde (§ 33 E.St.G. 1934), sei im wesentlichen Sache des Ermessens des Finanzamts, und prüft dann weiterhin, ob die gesetzlichen Grenzen dieses Begriffes beachtet worden waren[238]. Neuerdings scheint das Gericht hier sogar eine eindeutige Regelung annehmen zu wollen[239].

3) Reine Ermessensbegriffe sind somit in den oben behandelten Fällen undenkbar. Ein unbestimmter Ermessensbegriff kann daher höchstens und auch nur in Ausnahmefällen auf die Einräumung eines beschränkten Ermessensspielraums hindeuten. Größere Bedeutung beansprucht das Ermessen z. B. bei Billigkeitserlassen, im Steuerermittlungsverfahren, im Verfahrensrecht, also auf Gebieten, die auch im übrigen dem behördlichen Ermessen weiten Raum lassen. Hier wird ein unbestimmter Gesetzesbegriff sogar in der Regel die Gewährung eines gewissen Ermessensspielraums, zuweilen auch die Einräumung von völlig freiem Ermessen bedeuten. Reine Ermessensbegriffe konnte es allerdings bis zum Inkrafttreten des StAnpG. in der Steuerverwaltung nicht geben, da ja immer die Grenzen des § 11 AO. zu beachten waren[240]. In Zukunft wird aber auch der Reichsfinanzhof bei unbestimmten Begriffen zwischen solchen Begriffen, die nur einen beschränkten Ermessensspielraum gewähren und daher auch nur in diesem beschränkten Umfang der gerichtlichen Kontrolle entzogen sind, und reinen Ermessensbegriffen, auf welche sich die gerichtliche Prüfung überhaupt nicht erstrecken darf, unterscheiden müssen.

---

237 RFH. 18, 334; 24, 280.

238 ähnlich im RStBl. 1936, S. 1202 im Gegensatz zu RFH. 32, 190 (Entschuldbarkeit einer Fristversäumung).

239 im RStBl. 1937, S. 359.

240 Trotzdem erklärt der RFH. in Bd. 20, S. 127, daß nur eine offensichtliche Ermessensüberschreitung bei der Frage, ob besondere Gründe für eine Beweiserhebung durch eine ersuchte Behörde vorliegen, zu einer Aufhebung der Entscheidung führen könnten. Hier dürfte somit auch der RFH. einen reinen Ermessensbegriff anerkannt haben.

Lebenslauf.

Ich wurde am 21. August 1913 als Sohn des jetzigen Postinspektors Peter Speckmann geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Am 5. März 1931 bestand ich beim Bismarck-Realgymnasium in Dortmund die Reifeprüfung. Ich wandte mich darauf dem Studium der Rechtswissenschaft zu, und zwar studierte ich vom Sommersemester 1931 ab ohne Unterbrechung 3 Semester in Münster i. W., 2 Semester in Köln und schließlich wieder 2 Semester in Münster. Am 17. April 1935 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „lobenswert". Die mündliche Doktorprüfung fand am 30. September 1937 statt.